

# NJB

NEDERLANDS  
JURISTENBLAD

# Recht en politiek




# 13



Kluwer

a Wolters Kluwer business

P. 737-808 JAARGANG 83 28 - 03 - 2008



*In de gemeente Katwijk werken  
60 medewerkers samen met  
90 brandweervrijwilligers aan de  
veiligheid in de gemeente*

De afdeling Veiligheid van de Gemeente Katwijk houdt zich vooral bezig met de fysieke aspecten van veiligheid (bouwen en wonen, brandweer, milieu en openbare orde) en voor een klein deel met onderwerpen rondom sociale veiligheid. Voor het team Beleid en ondersteuning zoeken wij:

## 2 Juridisch beleidsmedewerkers bouwen en milieu (M/V) (36 uur)

DE GEMEENTE KATWIJK BESTAAT UIT DE DORPEN KATWIJK, RIJNSBURG EN VALKENBURG. TROTS OP HAAR TRADITIE MET OOG VOOR VERNIEUWING, ZO LAAT DEZE GEMEENTE ZICH HET BESTE OMSCHRIJVEN. WERKEN IN KATWIJK IS DAN OOK EEN COMBINATIE VAN EEN NO-NONSENSE AANPAK EN EEN TOEKOMSTGERICHTE BLIK. IN EEN OMGEVING VAN STRAND, BLOEMEN EN RUIMTE, WIL DE GEMEENTE HAAR BURGERS OPTIMAAL BEDIENEN. KLANTGERICHTHEID, DIENSTVERLENING EN OPENHEID STAAN BIJ GEMEENTE KATWIJK HOOG IN 'T VAANDEL.

In deze functie geef je mede vorm aan het beleid van de afdeling op het gebied van bouwen en milieu. Je hebt aandacht voor integratie van beleidsontwikkelingen en jurisprudentie. Je voert procedures uit en adviseert, rapporteert en correspondeert over grootschalige bouwinitiatieven en veranderingen in de bebouwde en openbare ruimte. Je hebt hierbij zowel een uitvoerende als een coördinerende taak binnen de afdeling. Je kunt zelfstandig bezwaar- en beroepsprocedures afhandelen en je fungeert als juridische vraagbaak op het gebied van ruimtelijke ordening en de Woningwet. De officiële functiebenaming is Beleidsmedewerker bouwen en milieu. Voor deze functie vragen we minimaal een HBO-opleiding met een relevante vakgerichte specialisatie (bijvoorbeeld HBDO VROM) of een academische opleiding met de specialisatie op het gebied van het ruimtelijk bestuursrecht. Je hebt gemeentelijke ervaring in een vergelijkbare functie. Wanneer je ervaring hebt met projectsturing, is dat een pré. Je hebt zeer goede communicatieve, contactuele en sociale vaardigheden. Je bent in staat tot het inspireren van samenwerkingsverbanden en het overbruggen van verschillen. Je hebt een klantgerichte en flexibele instelling.

### Meer weten?

Kijk voor een uitgebreide functiebeschrijving op [www.katwijk.nl](http://www.katwijk.nl).  
Of bel naar Alexander Meijer, hoofd van de afdeling Veiligheid,  
telefoon 071-4065430.

### Solliciteren?

Stuur je sollicitatie voor 7 april a.s. naar [vacatures@katwijk.nl](mailto:vacatures@katwijk.nl) onder vermelding van vacaturenummer NJB42/5.0.03.  
Je kunt je sollicitatie ook sturen aan: Gemeente Katwijk, afdeling P&O,  
Postbus 589, 2220 AN Katwijk.



[WWW.KATWIJK.NL](http://WWW.KATWIJK.NL)



Opgericht in 1925. Eerste redacteur: J.C. van Oven. Jrg. 83.

**Erevoorzitter:** J.M. Polak

**Redacteuren:** Ybo Buruma, Alex F.M. Brenninkmeijer, Coen Drion (vz), Ton Hartlief, Peter J. Wattel, Corien (J.E.J.) Prins, Inge C. van der Vlies

**Medewerkers:**

Chr.A. Alberdingk Thijm, technologie en recht  
Mark B.W. Biesheuvel, mededingingsrecht  
Wibren van der Burg, rechtsfilosofie en -theorie  
G.J.M. Corstens, Europees strafrecht  
Eric Daalder, bestuursrecht  
S.E. Eisma, bank- en effectenrecht  
Caroline Forder, personen-, familie- en jeugdrecht  
Gerrit De Geest, rechtseconomie  
Janneke H. Gerards, rechten van de mens  
J.K.M. Gevers, gezondheidsrecht  
Ivo Giesen, burgerlijke rechtsvordering en rechtspleging  
Richard H. Happé, belastingrecht  
Guus J.J. Heerma van Voss, sociaal recht (socialezekerheidsrecht)  
Aart Hendriks, diversiteit en recht  
Marc Hertogh, rechtssociologie  
Martijn W. Hesselink, rechtsvergelijking en Europees privaatrecht  
C.J.H. Jansen, rechtsgeschiedenis  
C.A.J.M. Kortmann, staatsrecht  
M.J. Kroeze, ondernemingsrecht  
Jaap E.M. Polak, bestuursrecht  
Sierd J. Schaafsma, internationaal privaatrecht  
Nico J. Schrijver, volkenrecht en het recht der int. organisaties  
Ben Schueler, omgevingsrecht  
J.M. van Slooten, arbeidsrecht  
Taru Spronken, straf(proces)recht  
Thomas Spijkerboer, migratierecht  
T.F.E. Tjong Tjin Tai, verbintenissenrecht  
F.M.J. Verstijlen, zakenrecht  
Dirk J.G. Visser, intellectuele eigendom  
Rein Wesseling, Europees en economisch recht

**Redactie bureau:** Bezoekadres: Lange Voorhout 84, Den Haag

Postadres: Postbus 30104, 2500 GC Den Haag

Tel. 0172 466399. Fax: 0172 466364.

E-mail: [njb@kluwer.nl](mailto:njb@kluwer.nl) o.v.v. telefoonnummer en adres

**Secretaris, nieuws- en informatie-redacteur:** Caroline M.Th. Lindo

**Adjunct-secretaris:** Else Lohman

**Secretariaat:** Nel Andrea-Lemmers

**Uitgever:** Simon van der Linde

De uitgever van het NJB heeft getracht aan alle auteursrechtelijke verplichtingen met betrekking tot het in deze aflevering gepubliceerde beeldmateriaal te voldoen.

Voor zover iemand echter meent alsnog rechthebbende te zijn, kan deze zich tot de uitgever wenden.

**NJB-site op internet:** <http://www.njb.nl> en [www.kluwer.nl/juristen](http://www.kluwer.nl/juristen)

**Auteursaanwijzingen:** zie [www.njb.nl](http://www.njb.nl)

Het al dan niet op verzoek van de redactie aanbieden van artikelen aan het NJB impliceert toestemming voor openbaarmaking en verveelvoudiging t.b.v. de elektronische ontsluiting van het NJB.

**Citeerwijze:** NJB 2008, 1169 (publicatienummer), afl. ..., p. ....

**Uitgeverij:** Kluwer, Postbus 23, 7400 GA Deventer.

**Abonnementenadministratie en productinformatie:** Kluwer Afdeling Klantcontacten, Postbus 878, 7400 AW Deventer. Tel. (0570) 673449. Fax (0570) 691555. E-mail [juridisch@kluwer.nl](mailto:juridisch@kluwer.nl)

**Abonnementsprijs:** incl. automatisch te ontvangen banden € 249,50 (incl. BTW en verzendkosten).

Studenten 50% korting. Losse nrs. € 19,75.

**Nieuwe abonnementen:** Abonnementen kunnen op elk gewenst moment worden aangegaan voor de duur van minimaal één jaar, te rekenen vanaf het moment van eerste levering. Ze worden vooraf gefactureerd voor de volledige abonnementsperiode, tenzij uitdrukkelijk anders is overeengekomen. De abonnementsprijs is inclusief BTW en verzendkosten.

**Adreswijziging:** Bij wijziging tenaamstelling en/of adres verzoeken wij u de adresband of envelop met de gewijzigde gegevens op te sturen naar Kluwer Afd. Klantcontacten, Postbus 878, 7400 AW Deventer.

**Beëindiging abonnement:** Abonnementen kunnen schriftelijk tot drie maanden voor de aanvang van het nieuwe abonnementsjaar worden opgezegd. Bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch met een jaar verlengd.

Gebruik persoonsgegevens: Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements-)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

**Advertentie exploitatie:** H. Buitenhuis, mob. (06) 51605641, Acquire Media Exploitatie, tel. (038) 4606384, fax (038) 4606318, email [mjansman@acquiremedia.nl](mailto:mjansman@acquiremedia.nl).

**Kluwer/Media Order Services:** Marijke Hagens, tel. (0570) 648915, fax (0570) 649819

**Verschijsning NJB:** Iedere vrijdag; in juli en augustus éénmaal per maand.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op [www.kluwer.nl](http://www.kluwer.nl) of opvragen via tel. (0570) 673449.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet 1912 j°. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3051, 2130 KB).

ISSN 0165-0483

## Redactioneel

655	Afscheid van een redacteur	737
-----	----------------------------	-----

## Interview

656	Mr. Caroline M.Th. Lindo	
	Paul van der Heijden: graag kort en goed	738

## Recht en Politiek

657	Prof. mr. J.M. Barendrecht	
	Hervorming ontslagrecht: kantonrechters kunnen het wel!	744

658	Dr. A.F.M. Brenninkmeijer	
	Beleid en uitvoering	746

659	Prof. dr. J.F. Bruinsma	
	Nederland als 'global village'	747

660	Prof. mr. Y. Buruma	
	Strafvervolgning van een Kamerlid	749

661	Mr. G.J.M. Corstens	
	Waarin rechters anders zijn dan politici	751

662	Mr. E.J. Daalder	
	Politiek en mensenrechten	752

663	Mr. C.E. Drion	
	Van tweelingrechten	754

664	Prof. dr. C. Forder	
	De ondertoezichtstelling in relatief lichte zaken	755

665	Prof. mr. R.H. Happé	
	Ongewenst grensverkeer tussen politiek en belastingrecht	
	Een pleidooi voor meer scheiding van machten	757

666	Prof. mr. T. Hartlief	
	De politiek van het arbeidsrecht	759

667	Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss	
	Waarom het weer niet lukte om het ontslagrecht te herzien	761

668	Prof. mr. dr. A.C. Hendriks	
	Democratie, vrouwen en (on)recht	763

669	Prof. dr. M.L.M. Hertogh	
	Recht en politiek: contouren van een overtuigingscrisis	765

670	Prof. dr. A.T.J.M. Jacobs	
	Een weerman gaat – Komt een Al Gore terug?	767

671	Prof. dr. mr. C.J.H. Jansen	
	Arbeidsrecht en sociale rechtsvorming.	
	Een verlaat eerbetoon aan de Wet CAO en de Wet AVV	768

672	Prof. mr. H.U. Jessurun d'Oliveira	
	Tussenstof tussen recht en politiek	770

673	Prof. mr. C. Kelk	
	Enige post-Montesquieuze overpeinzingen over politiek en strafrecht	772

674	Prof. mr. M.J. Kroeze	
	Ondernemingsrecht en politiek: de SER als wegbereider	774

675	Prof. mr. J.E.M. Polak	
	Paul en de jurisdisering	776

676	Mr. J.M. Polak	
	Drie Vooraf-artikelen van Paul van der Heijden	778

677	Prof. mr. J.E.J. Prins	
	Googlende werkgevers	780

678	Prof. mr. H.C.F. Schoordijk	
	Het recht is het resultaat van keuzes van rechtspolitiek	781

679	Prof. mr. N.J. Schrijver	
	Ban de kinderarbeid: de rol van de ILO	783

680	Prof. mr. J.M. van Slooten	
	De Gaay Fortmann en de Wet op de ondernemingsraden	784

681	Mr. drs. ir. T.F.E. Tjong Tjin Tai	
	Onder civilisten: allegorie van recht en politiek	786

682	Prof. mr. I.C. van der Vlies	
	De constitutie	788

683	Prof. mr. P.J. Wattel	
	Het Europa van de sukkel	789

## Rubrieken

Rechtspraak (684 t/m 696)	792
Agenda (697)	807

# Afscheid van een redacteur

655

Het bijzondere nummer dat voor u ligt, is gewijd aan het afscheid van Paul van der Heijden als redacteur van het *NJB*. De redactie heeft ter gelegenheid hiervan besloten een themanummer te wijden aan een breed scala van thema's en prangende kwesties op het snijvlak van recht en politiek. De interactie tussen deze twee heeft altijd de grote belangstelling van Paul van der Heijden gehad. Niet alleen in zijn wetenschappelijk werk, maar ook in zijn vele bestuurlijke activiteiten. Recht en politiek zijn cruciale pijlers onder onze rechtsstaat. Het is een onlosmakelijk en onafscheidelijk duo, maar beide verhouden zich soms ook slecht tot elkaar. Wat is de relatie tussen beide pijlers, welke gewenste en minder wenselijke ontwikkelingen zien we de laatste tijd als spelers op het terrein van recht en politiek zich op elkaars grondgebied wagen en wat valt waar te nemen als het gaat om de relatie tussen de internationale politiek en ons nationaal recht? Redacteurs, oud-redacteurs en medewerkers geven in dit nummer hun visie op het thema 'recht en politiek'.

Paul van der Heijden heeft ondanks zijn drukke academische en bestuurlijke leven heel lang trouw deel van de redactie uitgemaakt. Zijn toetreden tot de redactie begon ooit in een bibliotheek. Paul had daar zojuist een boek van de plank gehaald. Iemand vroeg hem of hij even tijd had. De wenkbrauwen werden gefronst: hij was immers net in dat boek naar iets op zoek. Toch kwam er een vriendelijk, bevestigend antwoord. In het daarop volgende gesprek, natuurlijk buiten de bibliotheek, werd hem de vraag voorgelegd of hij bereid was toe te treden tot de redactie van het *NJB*. En ja, zo'n redacteurschap kost tijd. Dat doe je niet tussendoor. Dus kon hij op de vraag, hoe eervol ook, niet zo maar antwoord geven. De reactie kwam dagen later en was positief. Gewikt en gewogen, en vervolgens een volledige inzet van zijn vele kwaliteiten. Prachtige bijdragen kwamen in het blad en nuchterheid, op het cynische af, kwam in de redactievergaderingen. Vergaderen met Van der Heijden als voorzitter: de sluiting was er voor het begin tot je was

doorgedrongen. En toch wist hij in zo'n vergadering essentiële bijdragen te leveren aan de vernieuwing van het Nederlands Juristenblad.

Tijdens zijn redacteurschap heeft Van der Heijden laten zien wat hij graag doet: analyseren hoe een organisatie loopt en dan voorstellen voor verbetering doen. Dat heeft hij zeker ook voor het blad gedaan. De formule van het blad werd keer op keer bekeken, met veranderingen als gevolg. De succesvolle Kronieken die tweemaal per jaar verschijnen zijn mede door hem geïnitieerd. En hij heeft mede de toon van deze kronieken gezet: een 'staat van het recht' op gespecialiseerde gebieden, maar dan wel op hoofdlijnen. Een kroniek moet interessant zijn voor specialist en generalist en de feiten van het recht bieden. Een kolffe naar zijn hand. Maar een jurist moet zeker ook meer kunnen bieden dan een archiefplaats van kennis over het recht. Het gaat ook om het heffen van de vinger tegen ongewenste ontwikkelingen in het recht en het toejuichen van nieuwe waarborgen. In het blad kwam daar plaats voor door het instellen van de rubriek 'Vooraf', ook al door Van der Heijden ingevoerd.

Schrijven kan Van der Heijden als de beste. In 1998 schreef hij in het *NJB*: 'Recht in de ramsj'. Door zijn krachtig alarm trok het de aandacht. Hem werd gevraagd er een boek over te schrijven en dat gebeurde. Nog een keertje Van der Heijden aan het woord: 'Recht is aan het verworden van een eersterangs merkartikel in de etalage van de rechtsstaat tot een stapel boeken die alleen nog in de ramsj tegen lage prijzen te verkrijgen zijn.' Vervolgens laat hij de voorbeelden over elkaar tuimelen. Van de bewuste normovertreding rond Schiphol, naar illegale opsporingsmethoden en politiek geïnspireerde ontslagen. Met afgrijzen verhaalt hij over de zienswijzen van bestuurders, blijkend uit het rapport Van Kemenade. De klacht van de bestuurders over het woud van regels en het meebesturen van de rechter, is naar zijn oordeel maar klagen over de eigen tekorten. Regels zijn democratisch tot stand gekomen en worden terecht door de rechter gehand-

haafd. Wat zou de burger anders moeten denken? Zelden leest men zo'n warm pleidooi voor de Algemene wet bestuursrecht en de zorgvuldigheidseisen die daarin liggen besloten.

Van der Heijden houdt van het recht, maar kan ook nuchter constateren dat het (te) ingewikkeld is geworden. Zijn redacteurschap van het *NJB* heeft hij graag gebruikt om de toegankelijkheid ervan te bevorderen. In 2000 beschrijft hij hoe het *NJB* kan bijdragen aan de opinievorming over het recht ter gelegenheid van het 75 jarige bestaan van het blad. De verheldering van het recht moet wel door juristen gebeuren of andere mensen die er echt verstand van hebben. Hobby's moeten worden onderscheiden van professionele bezigheden. Hij constateert dan ook met droefenis dat er vele universitaire intellectuelen zijn die hun eigen vakgebied verlaten (2002) en hij roept op tot controle van onprofessionele uitingen.

Zijn eigen bijdragen aan het blad hebben vaak betrekking op het arbeids- en ondernemingsrecht, waarbij bescherming van de werknemer, transparantie en realiteitszin de hoofdton voeren. Wat dat betreft, heeft hij zich als een schoenmaker bij zijn leest gehouden. Het recht in ere houden, hoort echter ook bij zijn leest. En als er weer een gezagsdrager was die rammelde aan de fundamenten van het recht, legde Van der Heijden hem dat voor met rijke casuïstiek en in prachtige zinnen. Hij houdt van het woord.

Het afscheid van Van der Heijden als redacteur zal hopelijk niet betekenen dat hij niet meer schrijft voor dit blad. Wij zullen zijn nuchterheid, zijn loyaliteit aan het blad en zijn kijk op de wereld in de redactievergaderingen zeer missen. Maar hopen nog op vele unieke bijdragen. Als opvolger is Peter Wattel bereid gevonden aan te treden, waardoor de redactie weer op volle sterkte is. En inderdaad, een heel ander vakgebied, Europees recht en belastingrecht. Ook een vakgebied dat volop in de actualiteit is, en een redacteur die het als gevolg van jeugdzonden op allerlei rechtsgebieden in een bredere context kan plaatsten. ■

# PAUL VAN DER HEIJDEN: GRAAG KORT EN GOED

656 *Caroline Lindo*

***Hij streeft vooral naar evenwicht. Naar het afwegen van belangen. Naar het juridische vakwerk. Maar meningen van juristen tellen tegenwoordig in de publieke zaak minder zwaar. Het kan zijn dat het belang van het recht in de samenleving sterk is toegenomen, maar de inbreng van juristen is afgenomen. Een zorgelijke ontwikkeling vindt Paul van der Heijden.***

*Recht is aan het verworden van een eersterangs merk-artikel in de etalage van de rechtsstaat tot een stapel boeken die alleen nog in de ramsj tegen lage prijzen te verkrijgen zijn, schreef Van der Heijden in het NJB in 1998 (p. 1627) en later in zijn boek 'Het recht in de ramsj'. Hoe zit het met de verhouding tussen recht en politiek vandaag de dag: heeft het recht inmiddels weer meer invloed gekregen of is het eens te meer een hinderlijk obstakel voor de macht?*

Toen ik dat boekje schreef, maakte ik mij zorgen over de slordige wijze waarmee overheid en politiek met het recht omgingen. Dat is alweer negen jaar geleden. Ik heb nu niet bepaald het gevoel dat de overheid veel zorgvuldiger met het recht omgaat. Integendeel. Een van de gevallen die ik in het boekje behandelde als slonzige manier van omgang met het recht was Schiphol. Allerlei overtredingen van regelgeving werden gedoogd. Zonder nou de laatste jaren diep in de dossiers gedoken te zijn, is mijn indruk dat het niet veel is verbeterd. Schiphol is nog altijd een bron van ergernis voor heel veel burgers die daar in de buurt wonen. Het is natuurlijk een enorme aanjager van bedrijvigheid en ook van welvaart, maar het is nog steeds een gebied waar andere regels gelden dan elders.

De verrommeling van het recht heeft verschillende kanten. De ene kant is de wetgeving zelf. Er worden nog steeds gigantische hoeveelheden afgescheiden waarvan de kwaliteit nogal eens onder vuur wordt genomen door juristen. Dan heb je de toepassing van de wetgeving door het bestuur. Ook daar bestaat een vrij grote mate van slordigheid met als gevolg het enorme beroep dat burgers op de rechter doen. Nee, we hoeven nog altijd niet tevreden te zijn over wat er geleverd wordt door de overheid. Die zorg is alleen maar groter geworden. Juristen hebben steeds minder invloed op de politiek. De rol van juristen in het bestuur is van

minder belang geworden. De politiek en het bestuur staan hoe langer hoe meer onder invloed van economische beginselen. Politiek en economie vallen de laatste decennia steeds meer samen. Het gaat alleen nog maar om het bereiken van de doelstellingen. Het regeerakkoord moet snel uitgevoerd worden en men heeft geen belangstelling voor de juridische spaanders die er dan vallen. Kijk naar de Walvisoperatie, de rampzalige situatie waarin de belastingdienst nu verkeert en de systeemverandering van de sociale zekerheid, de UWV die uitkeringsfabriek is geworden. Veel gaat fout, maar de politici lijken niet bepaald geïnteresseerd te zijn in de uitvoering. Er wordt maatregel op maatregel gestapeld.

*Zou het niet goed zijn als de regering eens drie jaar niets doet?*

Er is geen regering te vinden die dat voor zijn rekening zou nemen, hoe meer activiteiten hoe meer het kabinet zich kan profileren. Op het gebied van de sociale zekerheid is nu wel wat rust gekomen, omdat er onder het vorige kabinet enorm veel is gebeurd en daar zijn we nog wel even mee bezig. Dan hebben we de zorg met al zijn ingewikkelde regelingen. Ik geef toe dat de samenleving gecompliceerd is, maar die neiging om alles 'en detail' te regelen, is terug te voeren op wat in jargon wel 'low trust' wordt genoemd: de overheid vertrouwt haar burgers niet, noch degenen die het werk moeten uitvoeren, de leraren, de politie, de mensen in de zorg. Ze vindt kennelijk dat ze alles tot op de komma in voorschriften moet regelen in de hoop dat de mensen precies doen wat ze wil. Maar als je er vertrouwen in hebt dat de mensen wel zullen acteren, dan hoeft je ook minder regels te maken om je doelstellingen te bereiken. Mijn stellige indruk is nog steeds dat het met minder beter kan en dat de kwaliteit dan

ook meer aandacht krijgt. En dat dan ook de rol van de jurist minder onderschat wordt.

*Als dit doorgaat voorzie je dan een ramp?*

De wereld zal niet direct vergaan. Dat komt nog wel als de zon uitgaat of zo. Onderdelen kunnen wel gedurende een bepaalde periode vastlopen. Zie de toestanden bij de belastingdienst: de burger voldoet aan zijn plicht, maar moet het overdoen. Dat kan ook bij andere organisaties gebeuren die op grote schaal razend ingewikkelde en soms onnodige regelgeving moeten toepassen. Er zijn op dit moment notabene vier WAO's van toepassing; de WAO van voor 1992, van 1992-1999 en nog zo wat. Iedere keer is die wet veranderd, niet voor oude gevallen en wel voor nieuwe gevallen en daarmee krijg je een enorme ingewikkelde uitvoeringspraktijk. Waar het mij om gaat, en daar vraagt de Raad van State ook al jaar na jaar aandacht voor in zijn jaarverslag, is dat het juridische in zichzelf een waarde heeft die je moet respecteren. Men moet zijn oren meer te luisteren leggen bij de juridische vakman of vakvrouw. De samenleving heeft er geen baat bij dat diens professionele oog er niet overheen gaat. Ik

*Paul van der Heijden (1949) is rector magnificus en voorzitter van het College van Bestuur van de Universiteit Leiden. Voordien was hij rector magnificus aan de Universiteit van Amsterdam en hoogleraar arbeidsrecht aan de Faculteit der Rechtgeleerdheid van de UvA. Van der Heijden is onder meer Kroonlid van de SER en voorzitter van de ILO Governing Body Committee on Freedom of Association, een onderdeel van de Verenigde Naties in Genève.*

## *Juristen krijgen met de paplepel de waarden van zorgvuldigheid, precisie en het zichtbaar afwegen van belangen ingegoten*

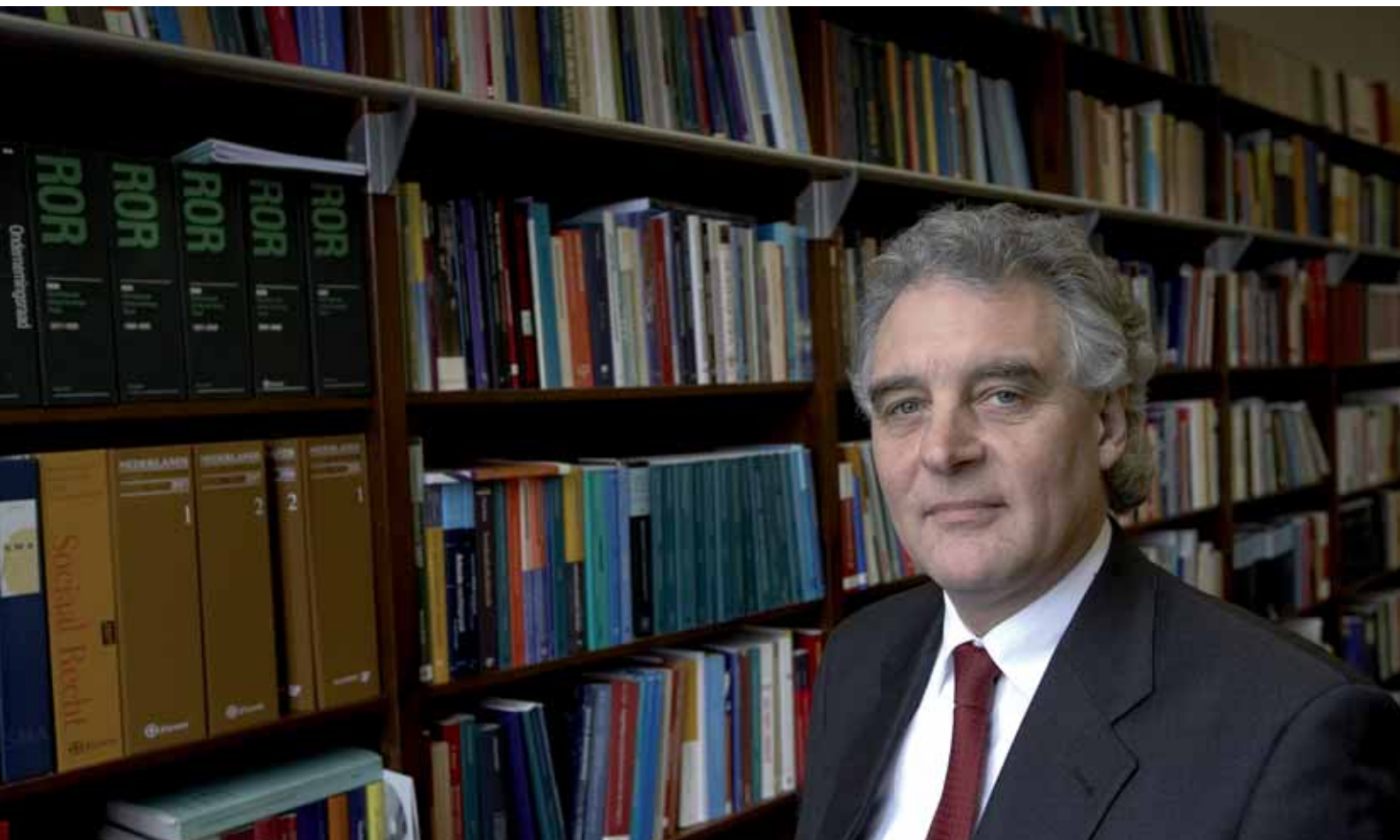
weet dat de complexiteit en het volume zijn toegenomen, maar niettemin moet het toch mogelijk zijn de kwaliteit van je regelgeving en -toepassing in stand te houden.

Uiteindelijk heeft het allemaal te maken met je wereldbeeld. Hoe je vindt dat de staat moet handelen, wat de rol van de overheid is. Juristen krijgen natuurlijk met de paplepel de waarden van zorgvuldigheid, precisie en het zichtbaar afwegen van belangen ingegoten. Met die juridische professionaliteit krijg je vermoedelijk betere producten dan wanneer je wereldbeeld vooral economisch is bepaald. De trend van de economisering van het mensbeeld, ingezet onder Thatcher en Reagan in de jaren tachtig, heeft geleid tot een mensbeeld dat mij niet bevalt. De westenwind waait hard tot stormachtig.

*Willen juristen ook nog iets anders dan zorgvuldigheid en precisie?*

Juristen zijn gewend om met waarden te werken die breder zijn dan de economische. De gedachte van mensenrechten is natuurlijk niet economisch inge-

Foto: Vincent Mentzel





## Dogmatisch gezien, kun je best zeggen: het recht is af

geven. Het zijn oerwaarden van het menszijn dat je vrijheid van meningsuiting, van godsdienst en privacy hebt. Die waarden moeten op een even hoog niveau gewaardeerd worden als die van de economie. Het gaat er juist om de combinatie van die twee te maken. Naarmate het juridische meer als een pure techniek en een puur instrument wordt gezien van het economische en minder als een waarde op zichzelf, dan glijdt je af. Zo wordt de markt als ordenend mechanisme breed onderschreven, maar tegelijkertijd weten we ook allemaal dat de markt faalt. Als je de markt zijn gang laat gaan, dan krijg je verkeerde uitkomsten. Er moet dus gecorrigeerd worden. Nou, dat is waar we iedere keer mee bezig zijn, daar komt de jurist om de hoek kijken. Je probeert via regelgeving de vrije werking van de markt te corrigeren zodat de verkeerde kanten ervan ondervangen worden.

### HET RECHT IS AF

*Ooit zei Van der Heijden op een redactievergadering tot de stomme verbazing van zijn mederedacteuren dat het recht af was. Tegelijkertijd zette hij ook de serie Het juridisch tekort op (NJB 1996, p. 833 en NJB 1992, p. 1885) waarin hij juist pleitte voor nieuwe concepten in het recht omdat de oude versleten waren. Hoe valt dit te rijmen?*

Van der Heijden zal dit nu eens haarscherp uitleggen. Wat hij zeggen wilde, was dat de grote rechtsvragen in een aantal rechtsgebieden voor een goed deel beantwoord zijn. 'Wat een contract is, weten we langzamerhand wel. Dogmatisch gezien, kun je best zeggen: Het Recht Is Af. Je ziet nog wel allerlei ontwikkelingen, maar dat is niet meer dan finetuning, cijfers achter de komma. Er zijn mensen die daarin op het scherp van de snede opereren. Als je kijkt naar wat we voor stukken krijgen in het NJB, zijn dat nog maar zelden stukken met grote visies op het contractenrecht, het aansprakelijkheidsrecht of het bestuursrecht, waarin een heel andere richting wordt ingeslagen. In dat kader hebben we toen die serie "Het juridisch tekort" opgezet om bij deskundigen na te gaan wat er op die rechtsgebieden nog moest gebeuren. Daar kwam niet erg veel uit. Dat is ook niet zo gek. Een heleboel rechtsgebieden zijn al honderden jaren in ontwikkeling en er is veel uitgekristalliseerd.'

*Men is aan het herkauwen?*

Er zijn onderwerpen die eeuwig opduiken en waarmee nooit wat gebeurt. De dissenting opinion, constitutionele toetsing. Iedere keer weer een hot item, maar er verandert nooit iets. Het recht volgt de ontwikkelingen in de samenleving, het reageert en het ordent. Het recht zelf, de dogmatiek van het recht is inmiddels

gestold. Ik denk dat de codificatie van het bestuursrecht in de Awb de laatste grote ontwikkeling is. Of de mensen daaraan iets hebben? Ook dat heeft weer te maken met de rechtsstaat. De rechtsbescherming van de burger tegenover de overheid is toch de basis. En dat heeft tot veranderingen in de dogmatiek geleid.

*Juristen maar ook andere wetenschappers betwijfelen het wetenschappelijk karakter van de rechtswetenschap. Waarom is daarover altijd discussie en nooit over de wetenschappelijkheid van bijvoorbeeld de muziekwetenschap of de geschiedeniswetenschap?*

Hoef ik even niet in te gaan op de nogal hopeloze vraag of de rechtswetenschap wel een wetenschap is? Ik verwijs graag naar Vranken, die in Nederland een diepgravende rol speelt bij de vraag wat de rol van de rechtswetenschap is. Wat mij betreft: de wetenschappelijke beoefening van het recht heeft nu eenmaal een andere vormgeving, andere methoden en technieken dan andere wetenschapsgebieden.

Dat levert voor de beoefenaren van de rechtswetenschap een defensieve situatie op. De bèta's en de gamma's vragen naar onze methode. Het recht staat erg in de kijker, dus is het logisch dat daar meer aandacht naar uitgaat dan naar, bijvoorbeeld, de muziekwetenschap. Ik denk dat we gewoon moeten doorgaan met uit te leggen waarmee we bezig zijn. Laten zien dat we daarin een eigen positie hebben net als de geneeskunde of de theologie een eigen positie heeft. Andere wetenschappen zullen moeten accepteren dat het recht een intrinsieke waarde heeft en met zijn eigen methodes wil werken. Ik ben niet pessimistisch over de positie van de rechtswetenschap tussen de andere wetenschappen. Afgelopen jaar is er een Spinozaprijs aan een jurist verstrekt, Deirdre Curtin. De Spinozaprijs is de wetenschappelijke erkenning in Nederland door de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderwijs. Dat is het bewijs dat de rechtswetenschap wel degelijk serieus genomen wordt.

### WERKNEMERS EN AANDEELHOUDERS

*De term privétisering van de werknemer werd door Van der Heijden ingevoerd (NJB 2002, p. 2229, afl. 45/46): de werknemer verwacht dat zijn baas zich aan zijn privébestaan aanpast en niet andersom. Hoe staan we er nu voor? Is het hele fenomeen werknemer met zijn al of niet privébestaan niet voor een groot deel plaats aan het maken voor de zelfstandige die wordt ingehuurd door een bedrijf?*

Dat is geen juist beeld. *Docerend:* De cijfers wijzen erop dat het anders is. Er zijn inderdaad zzp-ers, de zelfstandigen zonder personeel. Dat zijn er in heel Nederland zo'n 700 000, het fenomeen groeit nauwe-



lijks. Er zijn in Nederland 7,5 miljoen mensen die met werken hun brood verdienen. De grote bulk van die mensen is gewoon in dienst bij een baas. Het dienstverband is nog steeds de hoofdmoot en zal dat voorlopig ook wel blijven. Wat er aan de hand is, is dat de grootste werkgever van Nederland Randstad is. Het is dus wel zo dat flexibele arbeid is toegenomen. Toen die Flexwet in 1999 in werking is getreden, is vastgesteld dat de uitzendovereenkomst een arbeidsovereenkomst is. Randstad heeft per dag zo'n 300 000 mensen in dienst die dezelfde positie hebben als een werknemer. Het verschil zit 'm alleen in de wisselende werkplek. Ze hebben ook geen contract voor onbepaalde tijd, dus er zijn allerlei mitsen en maren. De flexibiliteit op de arbeidsmarkt is heel groot. Daar zijn we in Nederland ook succesvol in, de werkloosheid in Nederland is dramatisch laag, met 3,5% de laagste van Europa.

*De herziening van het ontslagrecht is een van Van der Heijdens stokpaardjes. Hij bleef er maar op hameren. Tot nu toe vergeefs. En waarom eigenlijk als de arbeidsmarkt toch al zo flexibel is?*

Als je de flexwerkers zet tegenover de contractanten voor onbepaalde tijd zijn die laatsten wel heel erg in het voordeel. Die krijgen in veel gevallen een behoorlijke som geld als de werkgever van ze afwil. Het is dus heel kostbaar voor de werkgever om zijn werknemersbestand in te krimpen of te veranderen.

*Toch lukt dat meestal wel naar tevredenheid van werknemers en advocaten*

Ja, je kunt wel zeggen: de wereld draait wel door, dus er hoeft niets veranderd te worden. Maar het is toch prettiger om zonder files te rijden dan met files. Het ontslagrecht is een lawyers paradise, het zorgt voor veel werk voor advocaten en daarmee voor kosten die niet nodig zijn. Je kunt naar het ontslagrecht kijken vanuit een economische invalshoek en vanuit een waardengedreven juridische invalshoek. Die invalshoeken samen moeten je een antwoord geven op de vraag of je er iets aan moet veranderen. De juridische invalshoek geeft aan dat het buitengewoon rommelig en inconsistent geregeld is. Er zit geen enkele logica in. Als we het nu zouden moeten verzinnen, zouden we het nooit zo doen. Ik zeg dus: doe het dan anders. Je kunt dan weer zeggen: het werkt wel, dus laat maar, maar het is maar de vraag of het werkt. Het ontslagrecht heeft nu de status van hypotheekrenteaftrek, het is taboe. Het H-woord en het O-woord. Politici denken dat ze veel zetels verliezen als ze daarop iets willen. Daar komt nooit de mooiste regelgeving uit. Ik vind het

jammerlijk dat de vakbeweging er zo'n oorlogsonderwerp van heeft gemaakt en ieder gesprek blokkeert. Veel hoofdrolspelers laten hun oren hangen naar hun achterban. Leidinggeven betekent juist dat je voor de troepen uit moet lopen. En dan die kantonrechtersformule. Het is toch eigenaardig dat in de afvloeiingsregelingen per jaar meer dan een miljard omgaat dat niet op regelgeving gestoeld is, maar op een afspraak tussen kantonrechters! Trouwens de kantonrechters zijn nu zelf weer aan het overwegen of ze niet heren der moeten veranderen. Maar rechters moeten geen regels vaststellen, dat moeten de regering en het parlement doen. In bepaalde gevallen, zoals met het stakingsrecht en de euthanasie, hebben rechters het voortouw genomen als wetgever-plaatsvervanger, maar dat moet niet teveel gebeuren. Het ontslagrecht en de essentie ervan: hoe hoog is de vergoeding, is niet iets dat je aan de rechterlijke macht moet overlaten. Dat blijf ik onverteerbaar vinden. Het geeft weer eens aan dat een meerderheid van de Tweede Kamer niet bereid is om daar in alle rust en zonder angst voor direct zetelverlies in de poll's over te praten. Als je regelgeving hebt die door de verkeerde organisatie is gemaakt – in dit geval door de rechters – dan moet je daar als wetgever toch iets aan willen doen? Dat kun je toch niet eeuwig voor je uitschuiven omdat je er niet uitkomt? De essentie van democratie is wel dat je met elkaar blijft praten. Maar de PvdA wil er helemaal niet over praten. Ik vind dat we ons te snel neerleggen bij een zwakte van het systeem. Het geeft eens te meer aan dat de wetgever zijn verantwoordelijkheid niet meer neemt.

*Waarom kan de wetgever dan niets aan de topbeloningen in het bedrijfsleven doen?*

Je moet even in de gaten houden wie waar verantwoordelijk voor is en wie wat kan regelen. De beloningen in de marktsector worden niet door de overheid vastgesteld. Daar heeft de overheid geen zeggenschap over. Als een politicus vindt dat de beloningen te hoog zijn, moet hij er wel meteen bij zeggen: maar ik ga er niet over. Het ergert mij dat er door politici iedere keer standpunten worden ingenomen die niet waargemaakt kunnen worden. Laat ze een beetje bescheidener zijn. De aandeelhouders en commissarissen hebben het in de marktsector voor het zeggen. En je zult moeten toegeven dat de wereld groter is dan Nederland, je hebt altijd met een markt te maken. Je kan het erg vinden en je kunt er tegen zijn, maar zestig kilometer verderop is er geen mens die zich er druk over maakt. Nu is het trouwens zelden voorgekomen dat de aandeelhouders een beloningsvoorstel hebben afgestemd.

*Het ontslagrecht en de essentie ervan: hoe hoog is de vergoeding, is niet iets dat je aan de rechter moet overlaten*

*Van de aandeelhouders is dus niet veel te verwachten. Ooit opperde Van der Heijden een algemene vergadering van werknemers met one man, one vote die naast de algemene vergadering van de aandeelhouders met one share, one vote de soms tegengestelde belangen tot uitdrukking zouden brengen (NJB 2003, p. 2137, afl. 41).*

Bij nader inzien, zie ik daar niet veel in. Dat wordt altijd ruzie en wie beslist dat dan weer? Het zou meer de kant op moeten gaan van de wet Harrewijn die inhoudt dat in een bedrijf informatie gegeven moet worden aan de ondernemingsraad over het beloningsgebouw inclusief dat van de top en de verhoudingen daartussen. Daarover kan zich dan een discussie afspelen. En in het eind februari vastgestelde advies van de SER over medezeggenschap van werknemers is ook gezegd dat de ondernemingsraad op aandeelhoudersvergaderingen zijn oordeel daarover moet kunnen geven.

*Zal dat enige invloed hebben?*

Mogelijk zullen de aandeelhouders daarnaar luisteren. Ik vind dat de verhoudingen in de onderneming zo evenwichtig mogelijk geregeld moeten worden – evenwicht, daar kom ik altijd op terug – en dat de belangrijkste deelnemers, het bestuur, het kapitaal en de werknemers in een verhouding staan die zoveel mogelijk dat evenwicht bevordert. Daarom vond ik het jammer dat er daarover in de SER geen unaniem advies is gekomen.

### NJB-REDACTEUR

*De vroegere hoofdredacteur van het tijdschrift Nature, John Maddox liet ooit aan NRC-Handelsblad weten: 'De meeste wetenschap is per definitie onjuist. Er zijn artikelen waarvan snel duidelijk is, dat de conclusies onjuist zijn, maar die niettemin heel stimulerend voor een vakgebied of de wetenschappen in het algemeen zijn. We schamen ons er niet voor dat we soms dingen afdrucken die niet blijken te deugen. Saai en wezenloos, daarvoor zouden we ons schamen.'*

Dat vind ik rijkelijk overdreven. Ik denk dat de meeste redacties van wetenschappelijke tijdschriften toch zoveel mogelijk proberen vast te stellen dat het ingezonden stuk naar de stand van de wetenschap klopt. Het moet controleerbaar zijn, intersubjectief en nog zo wat. In een essay kun je opvattingen neerleggen die minder bewijsbaar zijn en waar niet een hele boe-

kenkast aan literatuur onder hoeft te worden gelegd. Dat bevordert het debat en zorgt voor levendigheid. Maar dat wil niet zeggen dat wetenschappelijke stukken saai zouden moeten zijn.

*Is het NJB een wetenschappelijk tijdschrift?*

De kracht van het blad is de mix van wetenschap, opinie, praktijk en feitelijke informatie. Het is een prachtige combinatie van dingen die veel juristen tegelijk doen. Er zijn advocaten die wetenschappelijke artikelen schrijven, wetenschappers die artikelen voor de praktijk schrijven en die verbinding van theoretische en praktische activiteiten is nu juist gefundenes fressen voor de jurist.

*Het NJB is een algemeen juridisch tijdschrift en het hanteert inhoudelijk een zeer ruime formule. Al gauw probeert een redacteur met bepaalde accenten de breedte wat in te perken. Dat kan bijvoorbeeld zijn een accent van wetenschappelijkheid, praktijkgerichtheid, leesbaarheid, kortheid, vernieuwing. Of Van der Heijden zulke accenten heeft nagestreefd?*

Ik heb altijd de mix heel belangrijk gevonden en de leesbaarheid. Het allereerste redactioneel dat ik heb geschreven heette Kort en Goed. Van lange stukken houd ik niet. Het is een misverstand te denken dat een wetenschappelijk artikel lang moet zijn. Het moet goed zijn. Het gaat erom dat de onderzoeksvraag goed beargumenteerd beantwoord moet worden. Daar heb je wel een paar bladzijden voor nodig, maar dat hoeven er echt niet veel te zijn. Men wil zijn belezenheid tonen door uit te weiden, maar dat leidt ertoe dat minder en minder van het gebodene echt gelezen wordt. Ik zeg altijd maar: de kwaliteit moet uitstekend zijn en de bijdragen zo kort mogelijk.

*Een schrijver die sterke meningen heeft, kan zijn overtuiging op verschillende manieren verwoorden. Polemisch, direct en onomwonden. Het kan ook omfloerst, relativerend en omzichtig gedaan worden in de hoop de polder niet te zullen irriteren en zo meer overtuigingsmogelijkheid te hebben.*

Ik houd van een directe benadering, rechttoe rechtaan, waarin zonder omwegen gezegd wordt waar het op staat. Kort en goed. En evenwicht natuurlijk. Ik vind het het aardigste om bijdragen te lezen die uitmunten in stilistische schoonheid en dat heeft altijd te maken met beknoptheid. Nee, ik heb geen voorbeeld paraat van een recent artikel in het NJB. Ik ben een leerling van Max Rood, mijn wetenschappelijke vader zal ik maar zeggen, en die had die eigenschap. Die kon 'to the point' en met charmante zinswendingen de aandacht voor een onderwerp vragen en vasthouden.

*Elk tijdschrift zou een eigen 'toon' moeten hebben. Zou*

*Het is een misverstand te denken dat een wetenschappelijk artikel lang moet zijn*

## *Ik vind dat je best mag weten wie de president van de Hoge Raad is en wat hij te vertellen heeft*

*jij een omschrijving van de algemene toon van het NJB kunnen geven of althans van de nagestreefde toon?*

Die is heel sterk ingegeven door de redelijkheid, de verschillende kanten van de zaak zien en belichten. Die toon ademt het NJB heel sterk, dat is de toon van de beroepsgroep. Het NJB verschilt van de andere tijdschriften door de range van onderwerpen en de verschillende genres die je daarin kunt beoefenen. Het blad is leidend geweest voor de andere meer toegespitste juridische tijdschriften. Ik hoop dat het zo blijft. Er is een verandering van lezersgedrag waardoor het NJB een andere positie aan het innemen is dan die het jarenlang gehad heeft. Het is niet meer een statussymbool om te laten zien dat je bij de juridische beroepsgroep hoort, daarvoor is de beroepsgroep te versnipperd geraakt. Door de jongeren wordt het puur gezien als een zakelijk blad waar informatie inzit, zoals er zoveel informatiedragers zijn. Het heeft niet meer dat speciale. Die omslag zie je ook bij de dagbladen: de gemiddelde leeftijd van de abonnee is daar boven de vijftig. De trouwe thuisabonnee is aan het verdwijnen, de zappende lezer is opgestaan. Gelukkig hebben we wel een heel groot bereik onder juristen omdat een exemplaar van het NJB op het werk door velen meegelezen wordt of omdat men met een wachtwoord gratis meesurft op de website

*Wat is de toekomst van het NJB?*

Het NJB zal altijd blijven bestaan, maar ik denk dat het in toenemende mate elektronisch gelezen zal worden. Mensen willen dat blad hebben vanwege de vakinformatie, niet vanwege de aardigheid. De wereld is sterk aan het verzakelijken. Hoewel er nog onwaarschijnlijke hoeveelheden bladen verschijnen en verkocht worden. Het is niet mijn persoonlijke voorkeur om digitaal te lezen, ik ben gek op boeken.

### **ANONIMITEIT EN MACHT**

*Wie de leden van de Hoge Raad zijn, is aan de gemiddelde burger in Nederland niet bekend, noteerde Van der Heijden (NJB 2007, 1389, p. 1653, afl. 27). Verschoen blijven achter de muren achtte hij niet verstandig. Onlangs heeft de Commissie Hammerstein een nota naar buiten gebracht ter versterking van de cassatierechtspraak. Onder meer een krachtiger selectie 'aan de poort' zou ervoor moeten zorgen dat de Hoge Raad zich meer kan concentreren op zaken die er werkelijk toe doen. Zal de Hoge Raad zich in deze opzet dan niet vanzelf scherper profileren?*

Nee dat denk ik niet. Ik zou het prima vinden als ze het doen want ik vind het nu een grijs en onzichtbaar gezelschap van overigens uitstekende juristen. In de Verenigde Staten weten mensen wie er in het Supreme Court zitten, maar in Nederland heeft men niet het flauwste idee. De Hollandse cultuur is ook dat wij het heel juist vinden dat die mensen achter de schermen opereren, maar ik zou dat graag anders willen zien. Ik vind dat je best mag weten wie de president van de Hoge Raad is en wat hij te vertellen heeft. Meer zichtbaarheid van de personen, dat bepleit ik nog steeds. En waarom zouden ze geen artikelen schrijven in het NJB en in de pers?

*Is het prettig om in de Volkskrant te lezen dat je een van de machtige mensen in Nederland bent?*

*Lachend.* Ja mevrouw. Dat laat mij niet onberoerd. Je weet dat er bij het tot stand komen van die lijstjes de nodige relativering past, maar het is toch leuk dat je erop staat. Daar hoeft je verder niet zo moeilijk over te doen.

*Streefde je naar een machtige positie of kwam die vanzelf?*

*Bars.* Nee vanzelf gaat er helemaal niks. Je zult er altijd hard voor moeten werken als je ergens in wilt excelleren. Dat heb ik altijd van jongs af aan al geweten. Je moet veel tijd en aandacht besteden aan welk ambacht dan ook. Als je goed in de wetenschap wilt zijn of in het bestuur dan moet je daar hard aan werken. En daar heb ik aardigheid in. Als je dan functies krijgt waar je plezier in hebt dan ben je een tevreden mens. Ik ben geen workaholic en kan ook genieten van mijn vrije tijd, dus lees ik graag een mooi boek. Ja, een boek per week probeer ik wel te halen. Maar als je het mij op de man af vraagt, gaat er voor mij niets boven de verstillings van een gedicht waar in een paar regels werelden kunnen worden opgeroepen. Bijvoorbeeld melancholie. Neem de net overleden Jan Eijkelboom in zijn bundel 'Wat blijft komt nooit terug.' *Hij herhaalt:* wat blijft komt nooit terug, de herinneringen aan je jeugd, de mooie dingen die je hebt meegemaakt. Een smartelijke paradox.

*En uit het hoofd declameert Van der Heijden:*

'Ik hoor dit nu,  
ik zie dat nog.  
Het blijft bij me en  
ik kan het niet vasthouden.' ■



# HERVORMING ONTSLAGRECHT: KANTONRECHTERS KUNNEN HET WEL!

*1. Maurits Barendrecht is hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit van Tilburg en oud-redacteur van dit blad.*

**657** *Prof. mr. J.M. Barendrecht<sup>1</sup>*

Het ontslagrecht zit helemaal vast en voor de zoveelste keer. Zelfs met Paul van der Heijden als toonaangevend arbeidsrechtshoogleraar, lid van de Commissie Rood, lid van de SER, werknemerscommissaris bij ING en als bestuurder van grote universitaire werkgevers is het niet gelukt om het ontslagrecht in beweging te krijgen. Als de wetgever verzaakt, dan gaat de rechtsvormende beurt naar de rechter, zo begrijp ik de stand van zaken voor wat betreft de verhouding politiek en rechtspraak. Is de rechtspraak hier inderdaad aan zet?

Dat het ontslagrecht hete politiek is, kan nauwelijks een beletsel zijn, want dat waren het stakingsrecht en abortus ook. Wel is het ontslagrecht een heel systeem van wetgeving. Het lijkt slecht denkbaar dat de rechter daaraan gaat sleutelen.

Maar wacht, laten we de geschiedenis erbij pakken. Dertig jaar geleden was het nauwelijks mogelijk om iemand te ontslaan. Iedere reorganisatie leidde tot grote maatschappelijke onrust. Wat is er sindsdien nu eigenlijk echt veranderd in het ontslagrecht? Juist: de kantonrechter is geleidelijk steeds gemakkelijker arbeidsovereenkomsten gaan ontbinden als daar maar een redelijke vergoeding tegenover staat. Vervolgens is die vergoeding genormeerd waarmee de voorspelbaarheid zo is vergroot dat werknemers en werkgevers het overgrote deel van de ontslagzaken zelf kunnen oplossen. Het huidige ontslagrecht is dus al grotendeels rechtersrecht. Waarom zou verdere stroomlijning dan niet ook door de rechter kunnen gebeuren?

Laten we de pijnpunten eens aflopen. Het duale ontslagrecht is vooral een probleem zo lang het tot verschillende resultaten kan leiden. Dat wordt anders als de kantonrechtersformule ook voor kennelijk onredelijk ontslagen wordt gebruikt en de kantonrechter in zo'n procedure snel een voorschot bepaalt op basis van die formule.

Dan is de vergoeding mogelijk aan de hoge kant voor werknemers in het MKB en voor oudere werknemers. Misschien is zij te laag voor werknemers die na een lang dienstverband een overstap maken. Dat is een

kwestie van verfijning en aanpassing van de formule, wat zo langzamerhand toch tijd wordt, want in de dagelijkse rechtspraak zijn allerlei standaardproblemen te onderkennen waarvoor kantonrechters al lang standaard aanpakken hebben ontwikkeld. Die kunnen worden opgeschreven, eventueel met verschillende varianten. Ook de alimentatienormen worden regelmatig aangepast en verfijnd. Dit vermindert ook nog de werklast van de rechterlijke macht, zelfs als de kantonrechter nog meer zaken naar zich toe zou trekken die nu naar het CWI gaan.

Voor de werkgevers zijn de procedurekosten een doorn in het oog. Dat is deels op te lossen met goede automatisering, waarbij werkgever en werknemer door een website met een aantal vragen worden geleid, met een goede toelichting. Met een verfijndere formule zouden de procedurekosten ook verder kunnen afnemen.

Verder heeft een goede ontslagprocedure vooral te maken met een goede vorm van hoor en wederhoor tussen werkgever en werknemer, waarin een aantal kwesties aan de orde komen: herstel relatie voor zover die verstoord is, andere functie, aanpassing arbeidsvoorwaarden, outplacement, opzegtermijn, overdracht werkzaamheden, pensioenkwesties, tot en met de sleutels van de leaseauto. Richtlijnen voor die hoor en wederhoor kunnen de kantonrechters uit hun eigen rechtspraak halen. Houdt de werkgever zich daar niet aan, dan wordt de vergoeding met een van tevoren duidelijk bedrag verhoogd, net als wanneer er onvoldoende dossieropbouw is.

Preventieve toetsing of toetsing achteraf, dat is ook nog zo'n twistpunt. Praktisch maakt dat weinig uit wanneer de procedure evenveel kost en even snel is, ongeacht of de werkgever of de werknemer het initiatief neemt. Kennelijk onredelijk ontslagprocedures kunnen alvast worden afgedaan op dezelfde manier en op dezelfde termijn als ontbindingszaken: geen repliek en dupliek, een even lange zitting, en een net zo gemotiveerde beslissing.

Een andere kwestie is hoeveel ruimte er moet zijn voor individuele afspraken over de ontslagvergoeding



en voor collectieve, brancheafspraken tussen werkgevers en werknemersorganisaties. Die ruimte zou groter kunnen worden gemaakt, als de kantonrechters 'at arms length' gemaakte afspraken in individuele arbeidsovereenkomsten en in cao's geleidelijk aan meer zouden gaan erkennen, zoals ze dat in feite ook met sociale plannen doen. Een voordeel van deze bottom

up-normering is dat de mate van ontslagbescherming kan worden afgestemd op de branche, en met name op de relatiespecifieke investeringen van de werknemer, die uiteindelijk de belangrijkste reden zijn om ontslagbescherming te geven. Per branche kan ook een afweging worden gemaakt tussen een hogere ontslagvergoeding of meer loon, want een ontslagbescherming in de vorm van een vergoeding is uiteindelijk voor werkgevers een gewone loonkostenpost.

Het meest heikele punt komt zo. Dat is niet of de preventieve toetsing ook moet kunnen betekenen dat ontslag niet wordt toegestaan. Zo'n beslissing komt nu ook al zelden voor, want iedere werkgever beseft dat ontslag een ingrijpende gebeurtenis is die zal moeten worden verantwoord. In de praktijk is weigering van ontslag niet meer dan een signaal aan de werkgever dat hij flink moet inbinden in de onderhandelingen. Wat er ook in een nieuwe ontslagwet komt te staan, de rechter zal altijd een weg vinden om de beslissing van de werkgever om de arbeidsrelatie te beëindigen te toetsen op misbruik van recht. Kantonrechters zouden wel moeten beseffen dat een onzekere kans dat het ontslag niet mag, betekent dat de werkgevers in feite een hogere ontslagvergoeding betalen dan de kantonrechtersformule zou uitwijzen, omdat deze kans moet worden afgekocht. Helder maken wanneer een ontslag wordt geweigerd, is dus belangrijk.

Het moeilijkste punt blijft altijd onder tafel in het politieke debat. Gemiddeld hebben mensen te winnen bij een flexibeler ontslagrecht, met een flinke maar voorspelbare drempel voor ontslag, die de werknemer beschermt naar mate hij meer in de arbeidsrelatie investeert op een manier die hij niet kan meenemen naar een volgende werkgever. Tegenover een grotere kans op ontslag staat een grotere kans op nieuw werk. Maar voor mensen die nu denken in hun laatste baan te zitten, geldt dat niet. Voor hen is een nieuw ontslagrecht alleen een verslechtering. De oplossing is simpel: maak overgangsregels zo dat de nieuwe normen niet gelden voor de groep waarvan vrijwel zeker is dat ze in hun laatste baan zitten, 55+ers bijvoorbeeld; laat de nieuwe regels meteen ingaan voor nieuwe arbeidsovereenkomsten; en zoek voor de resterende bestaande arbeidsovereenkomsten, waarvan onzeker is of het voor de werknemer de laatste baan is, tussenoplossingen.

De rechtspraak zou het kunnen als de kantonrechtersformule zou uitgroeien tot een iets bredere set rechterlijke ontslagnormen met een iets verfijnder systeem. Maar de rechters aan wie ik dit tot nu voorlegde, schrokken zich dood. Misschien dat een projectgroepje uit de arbeidsrechtpraktijk, met kantonrechters, met wetenschappers uit verschillende hoeken, onder leiding van iemand als Paul van der Heijden ... ■

*De rechters aan wie ik dit voorlegde, schrokken zich dood*

# BELEID EN UITVOERING

658 Dr. A.F.M. Brenninkmeijer<sup>1</sup>

1. Alex Brenninkmeijer is Nationale ombudsman en redacteur van dit blad.

De spanning tussen beleid en uitvoering krijgt regelmatig politieke aandacht, maar deze aandacht leidt tot nu toe vrijwel tot niets. Ik noem een paar hoogtepunten uit de discussie rond beleid en uitvoering. Recent speelde het onderwerp een belangrijke rol in het rapport van Commissie Dijsselbloem.<sup>2</sup> Grote politieke ambities hebben het zicht ontnomen op wat zich in de scholen en tussen docenten en leerlingen iedere dag afspeelde. Belangrijke conclusie van de commissie betreffen dat bij de onderwijsvernieuwingen sprake was van een onzorgvuldig beleidsproces en dat de uitvoering ernstig is onderschat.

Deze conclusies sluiten nauw aan bij de bevindingen van de Algemene Rekenkamer in het rapport uit 2003 *Tussen beleid en uitvoering*. De belangrijkste bevindingen van de Algemene Rekenkamer na een evaluerend onderzoek op een twaalfstal beleidsterreinen waren de volgende: een gebrekkige beleidsvoorbereiding en te ambitieuze beleidsvoornemens; een overwaardering van beleidsvorming naast een onderwaardering van de uitvoering; een veel te geringe aandacht voor verantwoording, evaluatie en nacalculatie; het kennelijk onvermogen om lessen van het verleden te leren. Opmerkelijk is dat dit rapport van de Algemene Rekenkamer – die overigens zelf wel betrokken was bij het onderzoek van de Commissie Dijsselbloem – niet in het rapport zelf genoemd wordt. Ook in veel commentaren naar aanleiding van het rapport Dijsselbloem lijkt het er veelal op dat wat er mis is gegaan in het onderwijs min of meer op zichzelf staat. Het zouden vooral de politieke ambities in verband met het onderwijs zijn die een funeste uitwerking hebben gehad. Ik meen dat het verstandig is om het rapport Dijsselbloem in de bredere context te plaatsen van de op vele beleidsterreinen optredende spanning tussen beleid en uitvoering. Het rapport van de Algemene Rekenkamer *Tussen beleid en uitvoering* wint van dag tot dag aan actualiteit.

Het recente verleden toont dat er tal van beleidsterreinen zijn waar politieke ambities tot te haastige beleidsvorming en onzorgvuldige wetgeving leiden en op die wijze ernstige uitvoeringsproblemen opleveren. De Belastingdienst brengt veel belastingplichtigen en toeslag afhankelijk burgers in ernstige problemen. Het recente debacle rond de ruim 700 000 zoekgeraakte

elektronische aangiften vormt daarvan een illustratie. Maar ook de vele beleidsplannen rond de sociale zekerheid en het UWV als uitvoeringsorganisatie heeft zijn tol geëist. Hoewel de situatie bij het UWV inmiddels verbeterd, hebben de afgelopen jaren laten zien dat het UWV zowel wat personeel en organisatie, huisvesting als ICT voor zware taken gesteld was. Met zo'n volle beleidsagenda was voorzienbaar dat het mis zou gaan in de uitvoering. De recente invoering van de WMO met de aanbesteding van thuiszorg op gemeentelijk niveau heeft laten zien welke de gevolgen voor de thuiszorg waren. Inmiddels komt het Ministerie van VWS met reparatiemaatregelen. Vraag naar en aanbod van thuiszorg zijn inmiddels ernstig verstoord.

Het zijn allemaal onderwerpen die passen binnen het thema *Recht in de ramsch* zoals Paul van der Heijden dat op de agenda heeft geplaatst.

De aandacht van de Tweede Kamer voor het rapport *Tussen beleid en uitvoering* van de Algemene Rekenkamer was matig. De Eerste Kamer heeft een jaar geleden naar aanleiding van dit rapport een Nota aangeboden aan minister Ter Horst: Naar een zichtbaar effectieve wisselwerking tussen beleid en uitvoering. Het hiervoor genoemde voorbeeld van de invoering van de WMO is in dit verband significant. Als bijlage 1 bij de nota van de Eerste Kamer wordt de invoering van de WMO getoetst. Een van de waarnemingen luidt dat uit de analyse van de uitvoerbaarheid van de WMO blijkt dat er vanuit het parlement veel aandacht is voor de positie van de toekomstige gebruiker van een voorgenomen wet, maar dat ook het parlement de rol van de uitvoerende organisaties integraal uit het oog lijkt te verliezen. Kortom, ook bij de toetsing vooraf was al duidelijk dat er ernstige uitvoeringsproblemen bij de invoering van de WMO te verwachten waren. De wet is echter aangenomen en ingevoerd.

De diagnose laat niets aan de verbeelding over: ons

*Ons politieke beleidsvormingsproces biedt onvoldoende garanties voor kwaliteit van beleid en wetgeving*

2. Zie ook het Vooraf over (de kwaliteit van) Onderwijswetgeving van I.C. van der Vlies, NJB 2008, 438, afl. 9, p. 497.



politieke beleidsvormingsproces biedt onvoldoende garanties voor kwaliteit van beleid en wetgeving. De remedie zou gezocht kunnen worden in uitvoerings-toetsen en in zorgvuldige wetgeving. Doch de ervaring leert dat deze remedies in het politieke strijdgewoel weinig overtuigingskracht blijken te hebben. De vraag is daarom of er wat betreft de remedies ook gekeken moet worden naar een aantal uitgangspunten van het politieke proces zelf. Ik noem als voorbeeld het ontbreken van een meerjarige beleidsplanning waardoor de beleidshorizon verkort wordt tot de enkele productieve jaren die een kabinetsperiode van maximaal vier jaar biedt. Ook noem ik de ondersteuning van het parlementaire wetgevingsproces. De energie

die tot nu toe gestoken kan worden in de toetsing van beleid en wetgeving is erg beperkt. De Tweede Kamer zou meer ondersteuning kunnen gebruiken. In het verlengde hiervan noem ik echter het samensmelten van de functies van regering en parlement, in het bijzonder de Tweede Kamer. Het monisme waarbij de regering en de fracties van de regeringspartijen in de Tweede Kamer nauw samenwerken, leidt ertoe dat het kritische vermogen van de Tweede Kamer verdwijnt. Tel daarbij op de wens van de regering om de bezem te halen door de nog bestaande adviescolleges dan blijkt dat er nauwelijks nog ruimte is voor kritische reflectie op voorgenomen beleid en wetgeving. ■

# NEDERLAND ALS 'GLOBAL VILLAGE'

659 Prof. dr. J.F. Bruinsma<sup>1</sup>

'Het voordeel van een klein land is dat het een groot buitenland heeft', aldus placht Joseph Luns, onze Minister van Buitenlandse Zaken van 1956 tot 1971, te zeggen. Sindsdien is de wereld steeds meer een 'global village' geworden waarin gebeurtenissen als '9/11' en de Deense cartoons binnenlandse gevolgen hebben. En omgekeerd: alleen de aankondiging al van een anti-Koran-film leidt tot verontrusting en verontwaardiging in de rest van de wereld. De kwestie die ik hier aan de orde wil stellen, is dat ons denken over recht en politiek gedateerd is omdat het gevangen is in de categorieën van de democratische rechtsstaat in de context van de natie-staat en zich onvoldoende heeft aangepast aan de nieuwe werkelijkheid van verplaatsing, fragmentatie en symbolisering van politieke macht. Wat volgt is een verkenning van Nederland als een 'global village'. Ik begin dichtbij, met Europa in Nederland.

Het aandeel euromuntjes van eigen bodem tegenover van elders in uw portemonnee varieert per dag en dezelfde variatiebreedte doet zich per onderwerp voor als het gaat om Europa in Nederland. Zo zijn de regeringen van de eurolanden in hun begrotingspolitiek met handen en voeten gebonden aan het Stabiliteitspact en is de monetaire politiek overgenomen door de Europese Centrale Bank in Frankfurt. Anderzijds wist Nederland met de vondst van een zogenaamde doorstroommaster het culturele erfgoed van de zes-

jescultuur te handhaven – overduidelijk in strijd met de Verklaring van Bologna, die aan de invoering van het BaMa-stelsel ten grondslag ligt. Variabele onbepaaldheid is funest voor democratische of juridische controle op macht. Het machtscentrum van de EU – de Europese Commissie – bestaat uit een conglomeraat van Directoraten-Generaal, ieder met een eigen coterie van commissies bestaande uit ambtenaren van de lidstaten (tussen twee haakjes: bij de berekening van het aantal fte's van Brussel als het machtscentrum van de EU blijft de Europees denkende hersenhelft van nationale ambtenaren altijd buiten beschouwing). Parlementaire controle in nationale parlementen op beleidsterreinen die grotendeels aan de EU zijn overgedaan, heeft een hoog symbolisch gehalte. Nu bovendien het kabinet het niet heeft aangedurfd om het bijgestelde verdrag ter goedkeuring aan de bevolking voor te leggen, moeten we het doen met de juristo-cratische vaststelling vanuit Luxemburg dat de EU een constitutionele orde is en niet een wankel bouwwerk van verdragen. Het democratisch tekort van Europa in Nederland is en blijft schrijnend.

*1. Freek Bruinsma is hoogleraar rechts-sociologie aan de Universiteit Utrecht en oud-medewerker van dit blad.*

*Het democratisch tekort van Europa in Nederland blijft schrijnend*

Terug naar wat mensen in een 'global village' bezighoudt. Hoewel pragmatische bestuurders en verstandige politici anders willen doen geloven, is er sprake van een principiële onverenigbaarheid van het gedachtegoed en de corresponderende levensstijlen van de westerse en de islamitische cultuur. Ruim voor '9/11' wees Huntington erop dat de scheidslijn tussen wereldlijk en geestelijk gezag, die aan de basis heeft gelegen van de liberale rechtsstaat met klassieke vrijheidsrechten, de islamitische cultuur vreemd is.<sup>2</sup> In de woorden van de hoogste rechterlijke autoriteit in deze contreien: '(The) sharia (...) clearly diverges from Convention values, particularly with regard to its criminal law and criminal procedure, its rules on the legal status of women and the way it intervenes in all spheres of private and public life in accordance with religious precepts' (EHRM, *Refah Partisi v. Turkije*, 13 februari 2003, § 123). Ik ga niet beweren dat de moslims in West-Europa naar invoering van de sharia streven want dat is niet zo; wel dat ze er op grond van hun cultuur weinig begrip voor kunnen opbrengen dat godslastering gedekt wordt door de vrijheid van meningsuiting. De gegevens waarop het prijswinnend artikel 'De moeizame acceptatie van moslims in Nederland' van Hagendoorn e.a. is gebaseerd, dateren ook van voor '9/11'.<sup>3</sup> Uit deze vergelijking van enquêtes onder twee bevolkingsgroepen, te weten autochtone Nederlanders en Turkse en Marokkaanse moslims in Nederland, komt eveneens een cultuurconflict naar voren. De enquête onder Turken en Marokkanen bevestigt de indruk van de autochtone Nederlanders dat moslims anders denken over en dus ook overeenkom-

stig anders handelen inzake de man-vrouwverhouding en de opvoeding van kinderen.

Op deze botsing van beschavingen/levensstijlen reageren politiek en recht volgens hun eigen interne logica. Teneinde de lokroep van nationalistische en populistische politiek het zwijgen op te leggen, heeft zich morele paniek meester gemaakt van de gevestigde politiek. *Why the French don't like headscarves* is de titel van een boek dat ons geïnspireerd heeft te zoeken naar een Nederlands equivalent en die hebben we gevonden in de inburgeringswetten.<sup>4</sup> In beide gevallen gaat het om parlementair breed aanvaarde wetten die vooral symbolisch bedoeld zijn, namelijk ter definiëring van nationale identiteit in tijden van onzekerheid. Juristen die zich schrap zetten en houvast zoeken in de producten van de liberale rechtsstaat hebben mijn sympathie maar ik kan niet anders dan constateren dat ze terrein verliezen. De anti-terroriswetgeving in alle 'global villages' spreekt in dit opzicht boekdelen.

Europa in Nederland en de multiculturele samenleving zijn twee voorbeelden van recht en politiek in de 'global village'. Ik zie twee cruciale verschillen met de voorgaande fase van de democratische rechtsstaat in de context van de natie-staat. Het aantal en de verscheidenheid van de spelers zijn toegenomen, en wel in die mate dat uitkomsten – wetten en rechterlijke uitspraken, de twee prototypes van politiek en recht – nauwelijks meer te herleiden zijn tot een gelegitimeerde en gezaghebbende bron. Bovendien bepalen wetten en uitspraken minder dan voorheen de feitelijke ontwikkelingen omdat kosmopolitische burgers ze als 'spam' kunnen afdoen. ■

2. Samuel P. Huntington, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, 1997.

3. Paul Sniderman, Louk Hagendoorn en Markus Prior, 'De moeizame acceptatie van moslims in Nederland', *Mens & Maatschappij* 2003 (jrg. 78/nr. 3), 199-217; Paul M. Sniderman and Louk Hagendoorn, *When Ways of Life Collide – Multiculturalism and its Discontents in the Netherlands*, 2008.

4. John R. Bowen, *Why the French don't like headscarves. Islam, the State, and Public Space*, 2007; F. Bruinsma and M. de Blois, 'Pluralism in the Netherlands and laïcité in France', in F. Bruinsma and D. Nelken (eds.), *Explorations in Legal Cultures*, 2007.

# STRAFVERVOLGING VAN EEN KAMERLID

1. Ybo Buruma is  
hoogleraar  
straf(proces)recht  
aan de Radboud  
Universiteit Nijmegen  
en redacteur van dit  
blad.

660 *Prof. mr. Y. Buruma<sup>1</sup>*

Denken wij over recht en politiek dan kunnen wij dezer dagen niet om het vraagstuk van de vervolging van politici heen. Uitspraken over het voornemen om een film te maken, kwamen een Nederlands Kamerlid al te staan op tientallen aangiftes. Mocht de aangekondigde film inderdaad uitkomen, dan volgen er zeker meer. Hoe moeten wij strafvervolging van een Kamerlid ter zake van een politiek geïnspireerde handeling in onze democratische rechtsstaat beoordelen?

Kamerleden genieten strafrechtelijke immuniteit voor hun uitspraken in de vergaderingen van de Staten-Generaal. Elders gepleegde ambtsmisdrijven worden berecht door de Hoge Raad. De Procureur-Generaal moet en kan hen alleen vervolgen als hij daartoe een opdracht krijgt bij Koninklijk Besluit of bij besluit van de Tweede Kamer. Onder het begrip ambtsmisdrijven worden ook gerekend gewone strafbare feiten die zijn begaan met gebruikmaking van de macht, een gelegenheid of een middel dat door het ambt is geschonken (art. 44 Sr). Er is geen rechtstreeks verband nodig tussen het strafbare feit en de bevoegdheden van het ambt. Volstaan kan worden met de vaststelling dat het ambt de dader de gelegenheid bood om te doen wat hij deed. De lakmoesproef is of het feit niet zou zijn begaan zonder de faciliteiten die het ambt bood. Lang geleden stelde Van Hamel dat louter de bekendheid die door het ambt ontstaat niet genoeg is. Gaat het niet om een delict dat in de Staten-Generaal is gepleegd en ook niet om een ambtsmisdrijf, dan wordt het Kamerlid net zo behandeld als elke Nederlander. Dan geschiedt de vervolging door het OM, al dan niet na een aanwijzing daartoe door de minister.

Of het nu gaat om de extraordinaire procedure voor ambtsdelicten of om de gewone procedure, in beide gevallen beoordeelt de rechter de politieke gedraging van een Kamerlid. In machtspolitieke termen is strafvervolging van een Kamerlid op te vatten als onderdeel van een strategie om de achterban van dat Kamerlid de weerbaarheid van het geldend systeem te laten

zien. Het gaat niet om vergelding of speciale preventie van de individu, maar om een demonstratieve onderwerping van een leider om zijn achterban te tonen dat bepaalde grenzen niet gepasseerd mogen worden. Ik kan me daarbij iets voorstellen als de democratische rechtsstaat zelf verdediging behoeft.

Juristen hebben beroepshalve de neiging de machtspolitieke redenering te verwerpen. In de ideologie van de democratische rechtsstaat is vervolging van een Kamerlid vooral een teken van zwakte. Het beroep op de rechter vloeit voort uit een politiek systeem dat is vastgelopen, waarbij het recht het enige overgebleven gemeenschappelijke waardensysteem is. Juridisering en depolitisering gaan dan (en niet alleen dan) hand in hand. De rechter moet als onafhankelijke derde beslissen op voet van gemeenschappelijke waarden, bijvoorbeeld door een oplossing te vinden voor de tegenstelling tussen vrijheid van meningsuiting en de wens grote bevolkingsgroepen niet van het systeem te vervreemden.

Een legalist beweert in dit verband dat we door een rechtsregel toe te passen de politieke voetangels en klemmen uit dit debat kunnen vermijden. Hij zou bijvoorbeeld het conflict tussen een Kamerlid en een groep moslims kunnen vergelijken met het conflict tussen een werkgever en een groep werknemers. Maar waar het maatschappelijke conflict – over een ontslag of over een staking – kan worden beslecht door een onafhankelijke derde aan de hand van gedeelde rechtsopvattingen, ontbreekt ten aanzien van het politieke conflict de gemeenschappelijke waarde of de overtuigende besluitvormingsregel. Voor je het weet, verandert de positie van de rechter van neutrale derde in die van absolute autoriteit. Wij leven echter niet in een rechtssstaat.

Vervolging van een Kamerlid brengt de rechter in een onmogelijke positie, juist omdat de rechter wordt betrokken in een politieke machtsstrijd terwijl het politieke debat over de beste interpretatie van gemeen-

*Vervolging van een Kamerlid brengt de rechter in een  
onmogelijke positie*





schappelijke uitgangspunten van de democratische rechtsstaat nog niet is beëindigd. De rechter mag immers geen recht weigeren. Hij moet beslissen, maar ontkomt er niet aan dat zijn oordeel dan als politiek oordeel wordt geduid. En het helpt niet of hij bij gebrek aan gemeenschappelijkheid de politieke kwestie definieert in termen van schending van de rechten van (leden van) een gekwetste of bedreigde bevolkingsgroep of in termen van een onopgelost verschil van mening over kernwaarden in de democratie. Vervolging uit solidariteit met een groep is pure machtspolitiek. Vervolging als uitdrukking van kernwaarden komt erop neer dat het politieke debat over de interpretatie van die kernwaarden is beëindigd. Ook dan is er dus sprake van een machtswoord. Hoe dan ook wordt de rechter meegezogen in de machtspolitiek.

Alleen al om de rechter tegen verwijten dienaangaande te beschermen, moet vervolging van een Kamerlid voor een politiek geïnspireerd delict (niet zijnde een ambtsdelict) mijns inziens alleen plaatsvinden op basis van een uitdrukkelijke beslissing van de minister. Deze kan en moet de politieke verantwoordelijkheid nemen voor het achterliggende argument dat de kernwaarden waaraan het concrete gedrag van het Kamerlid wordt getoetst zo evident zijn, dat de rechter zijn normale werk kan doen. Hij zal dat echter doen in het besef dat strafvervolging van een Kamerlid een bewijs is van het onvermogen van het politieke systeem – het onvermogen om te overtuigen en misschien ook het onvermogen om gedragingen die afschuw inboezemen desondanks te verdragen. ■

# WAARIN RECHTERS ANDERS ZIJN DAN POLITICI

1. Geert Corstens is vice-president Hoge Raad der Nederlanden en oud-redacteur van dit blad. Met dank aan mr. C.M. Schrijnen voor diens kritisch opbouwend commentaar.

661

**Mr. G.J.M. Corstens<sup>1</sup>**

Vele politici werken op basis van een programma. Zo'n programma komt meestal uit een partij voort. Het is een verzameling van ideeën over zaken als de inrichting van de staat, de mate van bemoeienis van de staat met het leven van de burgers, in positieve en in negatieve zin, de veiligheid van de burger, het onderwijs, het milieu, de gezondheidszorg, enz. Partijen verschillen van opvatting over die kwesties en geven aan welke doeleinden zij, als ze de macht hebben, zullen nastreven en met welke middelen ze dat zullen proberen te bereiken. In uitlatingen binnen en buiten het parlement krijgen die gedachten nader vorm. Politici die deel uitmaken van het bestuur en/of van de wetgever, concretiseren de vooropgezette en bij de coalitievorming nader bepaalde doeleinden en middelen. Politici beslissen dus in algemene zin wat er gebeurt. Zij stellen de grote lijnen vast.

Hoe anders ligt dit bij rechters. Die worden niet, en dus anders dan parlementariërs en ministers, op grond van het programma waarachter ze staan, verkozen of aangesteld. Rechters hebben geen programma. Dat is zelfs een kernpunt. Een rechter moet vanuit een volkomen 'open geest' werken. Hij wordt niet verondersteld te redeneren vanuit in een programma neergelegde doeleinden en middelen. Een rechter die zou stellen dat hij vanuit een sociaal-democratisch of liberaal of christen-democratisch programma zijn werk doet, miskent en ondergraaft zijn positie. Een rechter is niet aangesteld om te oordelen op basis van een programma over de inrichting van de samenleving en de mate van bemoeienis van de staat met het leven van de burgers. Hij dient vrij van dergelijke programma's te oordelen. De politicus is iemand die iets wil, die iets wil bereiken, iemand die de samenleving vooruit wil helpen. In zekere zin wil de rechter niets. Hij laat de hem voorgelegde zaak open op zich inwerken. Hij luistert, leest, probeert de argumenten tot zich te laten doordringen, vraagt zich af of er misschien nog andere argumenten zijn. En dan beslist hij, met respect voor hetgeen naar voren is gebracht.

Er is niet alleen een institutioneel of rechtstatelijk ver-

schil tussen de politicus en de rechter. Er is ook een praktisch verschil dat zichtbaar wordt in het werk van alle dag. Het werk van de rechter bestaat erin dat hij in een concreet geval probeert recht te doen. De wetgever en de politicus zijn, doorgaans, bezig met algemene richtlijnen, met het oog op de toekomst.

Bij het proberen recht te doen in het concrete geval heeft de rechter de wetgever echter wel als leidman. Die reikt hem de kaders aan waarbinnen hij moet beslissen. De rechter is bij uitstek afhankelijk van de wetgever, dus van een politiek ambt. Maar hij heeft geen fractie waarvan hij deel uitmaakt en aan welks eventuele leiband hij zou moeten lopen. De rechter is echter niet ideeëloos. Als hij wordt geconfronteerd met een geval waarin de wetgever heeft voorzien, zal hij die door de wetgever aangedragen oplossing vorm geven. Als de wetgever A zegt, staat het hem niet vrij B te zeggen. Dit is slechts anders als een internationale overeenkomst en wat daarmee gelijk staat, botst met toepassing van het nationale recht. Dan zal hij moeten vaststellen dat de nationale wet wijkt. Maar ook dan vertolkt hij niet zijn eigen inzicht, maar dat van de internationale wetgever. Doorgaans zijn de gevallen waarmee de rechter wordt geconfronteerd, echter niet zo eendimensionaal. Vaak reikt de wet niet een op het voorliggende geval toegesneden oplossing aan. De wetgever kan immers niet alles voorzien of heeft, hoewel dit misschien wel had gekund, de situatie niet voorzien. Soms heeft hij zelfs verdere reglementering van bepaalde situaties uitdrukkelijk aan de rechter willen overlaten. Of bepaald handelen een onrechtmatige daad oplevert, is aan de hand van de wetgeving in veel gevallen niet direct vast te stellen. Als er geen specifieke regel valt aan te wijzen, moet de rechter het doen met het criterium: een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Dat geeft op zich niet altijd houvast. En als de rechter in een strafzaak een bewijsbeslissing moet nemen, is hij wel gebonden aan de bewijsmiddelen die de wet opsomt, maar die zijn rekbaar en stellen in de praktijk niet steeds, beter gezegd: nauwelijks grenzen. Alleen enkele bewijsminima geven een (onder)grens. Dit zijn twee overbekende voorbeelden die in de rechtspleging van alledag een grote rol spelen.

*In zekere zin wil de rechter niets*

De rol van de moderne rechter is dus nogal eens pregnanter dan die van de rechter in zijn Napoleontische gedaante. Vaak zijn verschillende oplossingen denkbaar. Dan heeft de rechter vrijheid en dan wordt van belang hoe hij van die vrijheid gebruikmaakt. Hij zal dan niet te biecht gaan bij het programma van de politieke partij die hem het meest na staat. Zijn opdracht bestaat erin argumenten te zoeken voor oplossingen in verschillende richtingen. Vervolgens weegt hij af. Het gaat dan om de belangen van de direct betrokkenen, van de procespartijen, in strafzaken dat van het slachtoffer en zijn omgeving, van de samenleving als geheel, van derden die op termijn door de uitspraak kunnen worden getroffen. De rechter zelf is daarbij belangeloos. Hij moet zichzelf in zekere zin wegcijferen. Hij moet vormgeven aan rechtvaardigheid in het buiten hem staande, aan hem voorgelegde concrete geval. Heeft hij daarmee toch een belang? Ja; dat vormgeven aan rechtvaardigheid is zijn opdracht. Daaraan is hij gecommiteerd. Maar die opdracht is geen programma waaruit je een precieze leidraad voor het handelen in concrete gevallen kunt afleiden. Die opdracht dwingt hem of haar in de eerste plaats procedureel rechtvaardig te zijn. Dat is niet alleen een formeel voorschrift; het is een voorschrift dat strekt tot verwerkelijking van de afweging van die betrokken belangen. Maar niet automatisch volgt aldus een uitkomst in de ene of de andere richting. Vaak zal blijken dat er ruimte is.

Dan moet hij alles op zich laten inwerken en de knoop doorhakken.

Hij kan daarbij voor een beslissing komen te staan die bij een betrokkene slecht zal vallen, of die groepen in de samenleving of bestuurders of politici niet (direct) zal bevallen. Voor zover mogelijk zal hij dat tevoren hebben onderkend. Dat zal hem tot extra zorgvuldige motivering en verantwoording aansporen. Maar het feit dat een beslissing slecht valt, betekent op zich nog niet dat de rechter legitimiteit verliest. De rechter is er nu juist om een concrete rechtvaardigheid vorm te geven ook al zint dat allerlei mensen niet. Juist en ook dan kan hij zich een goed rechter tonen.

Helaas wordt dit niet altijd goed begrepen door politici. Nu maakt de rechter het daar soms misschien ook wel naar, door niet goed uit te leggen hoe en waarom hij tot zijn beslissing is gekomen. Maar zelfs met een goede motivering, uitleg, verantwoording, zal zijn beslissing soms niet worden begrepen. Deze spanning is in zekere zin onoplosbaar. Daarmee moet worden geleefd. Met respect voor de beslissruimte van de rechter, voor de erkenning van zijn professie, voor het feit dat hij een ambacht uitoefent, voor de omstandigheid dat van hem wordt verlangd belangeloos te wegen en voor de consequentie dat dit ruimte voor de rechter vereist. Uitwisseling van gedachten hierover in het openbaar debat, ook door rechters, kan echter bijdragen aan het verlichten van deze spanning. ■

# POLITIEK EN MENSENRECHTEN

1. Eric Daalder is advocaat te Den Haag en medewerker van dit blad.

662 **Mr. E.J. Daalder<sup>1</sup>**

Tussen recht en politiek kan soms spanning zitten. Dat doet zich voor wanneer uit het recht gevolgen voortvloeien die de politiek – lees: de volksvertegenwoordiging – onwenselijk acht. In het traditionele systeem van de trias politica is dat geen probleem. De politiek – lees: de wetgever – kan het recht immers aanpassen. Doet de wetgever dat naar behoren, dan worden de ongewenst geachte gevolgen uit het recht tenietgedaan. Het systeem van de trias politica werkt zo niet altijd. Dat doet zich in het bijzonder voor wanneer er fundamentele rechten in het geding zijn. Fundamentele rechten, waaronder in ieder geval wat traditioneel de mensenrechten wordt genoemd vallen, hebben een juridische status, die maakt dat de wetgever die niet eenvoudig kan wijzigen. Dergelijke rechten staat immers in de Grondwet en met name internationale verdragen, zoals het EVRM en het IVBPR. Als gevolg

daarvan maken zij deel uit van de rechtsorde, vormen zij door de rechter toe te passen recht, maar kunnen zij niet worden gewijzigd. Het gevolg is dat het de rechter – waaronder het Europese Hof voor de Rechten van de Mens – is die over de uitleg van fundamentele rechten altijd het laatste woord heeft.

Is dat nu erg dat de wetgever – en daarmee de politiek in de vorm van de volksvertegenwoordiging – in zoverre ondergeschikt aan de rechter is geworden? In beginsel natuurlijk niet. Met mensenrechtenverdragen is immers beoogd burgers een aantal belangrijke waarborgen tegenover de overheid te bieden. Ik wil nog wel een stap verder gaan: als gevolg van mensenrechtenverdragen en een rechter die overheden tot naleving van de bepalingen uit dergelijke verdragen dwingt, wordt het democratiseringsproces versterkt. De lange reeks uitspraken van het EHRM over mis-



standen in nieuwe democratieën bevestigt dit.

Maar dan hebben we het wel over wat ik zou willen noemen de traditionele mensenrechten. Het zijn de mensenrechten die door minister Verhagen in zijn nota Naar een menswaardig bestaan – een mensenrechtenstrategie voor het buitenlands beleid (*Kamerstukken II* 2007/08, 31 263, nr. 2) worden genoemd en waarvan de naleving door de regering proactief wordt bevorderd en waarvan het ook belangrijk is dat dit gebeurt. Het zijn naast een aantal traditionele rechten (vrijheid van meningsuiting, vrijheid van godsdienst, bescherming tegen onmenselijk behandeling) ook meeromvattende verplichtingen van overheden, zoals de bescherming tegen geweld ten aanzien van vrouwen en kinderen en het tegengaan van mensenhandel.

Los daarvan zien we een ontwikkeling van inhoud van de mensenrechten. Het bestaan van het recht en het fundamentele karakter legitimeert rechters om, vanuit een aan Dworkin ontleende visie, te komen tot een uitbreiding van de werkingsfeer van het betreffende recht. Door middel van dynamische interpretatie van de rechten worden maatschappelijke ontwikkelingen en opvattingen als het ware in de rechten gelezen. De uitbreiding van de werkingsfeer en dynamische inter-

debat over de vraag welk grondrecht voor moet gaan mogelijk is.

De rol van de politiek komt nog pregnanter in beeld wanneer uit het recht niet alleen de verplichting voortvloeit zich te onthouden van bepaalde gedragingen, maar er sprake is van verplichting tot handelen, de positive obligations. Dat handelen kan verplichtingen voor de wetgever met zich brengen. Een voorbeeld daarvan biedt de uitspraak van het EHRM van 11 september 2007, *EHRM* 2007, 131. Een transseksueel uit Litouwen, die al een gedeeltelijk behandeling ten behoeve van geslachtwijziging had ondergaan, beklagde zich in die zaak over het feit dat in de regelgeving niet was voorzien in de mogelijkheid van een daaropvolgende operatie. Die operatie was nodig om de inschrijving in de burgerlijke stand te wijzigen. Het EHRM was van oordeel dat het ontbreken van wetgeving die voor de financiering van de operatie zorg draagt een inbreuk op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van betrokkene opleverde. Omdat de budgettaire gevolgen te overzien waren, beveelt het Hof Litouwen binnen drie maanden de noodzakelijke wetgeving tot stand te brengen, met als alternatief de betaling van een vergoeding van € 40 000. Ik kan mij voorstellen

## *Regeringen worden steeds vaker door het EHRM op de vingers getikt*

pretatie van mensenrechten kan leiden tot spanning met de politiek, zeker wanneer dit ertoe leidt dat de maatschappelijke ontwikkeling in bepaalde landen een ander land tot eenzelfde ontwikkeling dwingt. Nu is een zekere spanning inherent aan de verhouding politiek en recht. Die spanning noopt juristen tot enige reflectie. Er is bovendien een grens. De grens ligt daar waar het recht zijn legitimatie dreigt te verliezen.

Een paar concrete voorbeelden kunnen dit verduidelijken. Volgens vaste rechtspraak van het EHRM omvat de uitingsvrijheid het recht 'to offend, shock and disturb' met als grens daar waar sprake is van belediging. Naarmate de ruimte die de rechtspraak biedt optimaal wordt benut, wordt het maatschappelijk draagvlak minder, vooral wanneer dezelfde mening ook op een andere manier vorm kan worden gegeven. Het EHRM is zich daarvan overigens ook wel bewust. Zo heeft het hof aanvaard dat artikel 8 EVRM mede het recht op reputatie omvat (*EHRM* 15 november 2007, *EHRM* 2008, 6). Dat betekent een afweging van twee botsende rechten (*HR* 18 januari 2008, *LJN* BB3310). Ook daarbij zou het maatschappelijk draagvlak een zekere rol moeten spelen. Denk bijvoorbeeld aan de discussie over de botsing tussen het recht op gelijke behandeling en de vrijheid van levensovertuiging in de SGP-zaak, waaruit blijkt dat veel maatschappelijk

dat leden van het Litouwens parlement minst genomen de wenkbrauwen zullen hebben gefronst bij een zo ver gaande interventie in hun bevoegdheden. Het lijkt niet onwaarschijnlijk dat in een arm land als Litouwen (het inkomen per hoofd van de bevolking is 80% lager dan in Nederland) andere prioriteiten aan overheidsuitgaven zou willen geven, hoe belangrijk de operatie voor de betrokkene ook was.

De betrokkenheid van Paul van der Heijden bij de problematiek van de mensenrechten dateert nog uit de tijd dat iedere door het EHRM geconstateerde schending van een van de rechten in het EVRM in de Leidse Hugo de Grootstraat werd begroet als een overwinning van een amateurclub op de lijstaanvoerder van de eredivisie. Wie regelmatig de in ons blad opgenomen uitspraken van EHRM leest, valt op dat het daarbij vrijwel zonder uitzondering om geconstateerde schendingen gaat. Ook al is de NJCM-hand van de selecteurs daarin niet zonder betekenis, de conclusie kan zijn dat regeringen steeds vaker op de vingers worden getikt. Dat heeft iets te maken met de wijze waarop de gedachten van juristen over de betekenis van mensenrechten zich ontwikkelen. Zolang juristen de maatschappelijke aanvaardbaarheid daarbij maar voldoende in het oog houden, blijft de legitimatie van het recht voldoende verzekerd. ■

# VAN TWEELINGRECHTEN

1. Coen E. Drion is  
advocaat te  
Amsterdam en  
redacteur van dit  
blad.

663 **Mr. C.E. Drion<sup>1</sup>**

In de geïndividualiseerde en enigszins opgeschudde samenleving die wij vormen, lijkt er een toegenomen en nog immer toenemende tendens te zijn om rechten in hun isolement te beschouwen. Niet zelden gaat het dan natuurlijk om betogen die erop neerkomen dat het recht dat men zelf inroept heeft te prevaleren boven andersluidende rechten van anderen, met een tegengesteld belang. Het recht op vrije meningsuiting heeft, bij wege van voorbeeld, dan te prevaleren boven het recht op een vrije godsdienstbeleving van de ander, of andersom. De mogelijke voorbeelden en de spanningsvelden die door dergelijke claims worden opgeroepen, maatschappelijk én juridisch, zijn legio. Het meest pregnant wordt de discussie gevoerd daar waar grondrechten, in het leven geroepen om minderheden of kwetsbare groepen te beschermen, in het spel zijn. Die discussie is notoir lastig als de (ene) minderheid bescherming claimt tegenover een meerderheid of een andere minderheid. We lijken dan in Gordiaanse knopen te belanden en algemene kaders te missen om de discussie tot een voor eenieder aanvaardbaar einde te kunnen voeren.

Misschien is het goed om met een, een klein beetje uit het zicht geraakte, vanzelfsprekendheid te beginnen. Grondrechten zijn het 'quid pro quo' voor het in de democratische rechtsstaat fundamentele recht van de meerderheid om te doen wat de meerderheid vindt dat er moet gebeuren. Niet 'punt uit', maar met respectering van de grondrechten van minderheden. Meerderheidsrechten zijn dus fundamenteel én niet absoluut, maar voorwaardelijk, en voor minderheidsrechten geldt hetzelfde. Zij zijn in dat opzicht een-op-een aan elkaar verbonden. Het zijn als het ware tweelingrechten; zij staan niet op zichzelf en dienen elkaar intrinsiek respect te betonen. Met andere woorden, een beroep van een minderheid op een grondrecht vooron-

derstelt de beginsellegitimiteit van een meerderheidsbesluit en ieder meerderheidsbesluit vooronderstelt de beginsellegitimiteit van grondrechten.

Als gezegd, lijkt deze intrinsieke verbondenheid te vaak uit het oog te worden verloren. Hoe vaak komt het voor dat een beroep op een grondrecht expliciet respect betoont voor de positie van de meerderheid? Hetzelfde geldt mijns inziens voor de, in beginsel, even intrinsieke verbondenheid van grondrechten onderling. Vrijheid van meningsuiting is verbonden aan privacybescherming, aan vrijheid van godsdienst, aan het verbod op discriminatie, om maar wat te noemen, en het inroepen van willekeurig welk hier genoemd recht ook dient te geschieden met respect voor ieder van de andere rechten. Want het recht van iedere minderheid of kwetsbare groep om te worden beschermd tegen de meerderheid vooronderstelt de legitimiteit van de bescherming van andere minderheden en kwetsbare groepen.

Daar waar deze verbondenheden worden losgelaten, dreigt de democratische rechtsstaat uit het lood te geraken en raken recht en politiek stuurloos. We belanden in een vechtcultuur waarbij minderheden elkaar en meerderheden bestrijden met geïsoleerde beroepen op als losstaand gepercipieerde grondrechten en te weinigen nog een gevoel van houvast hebben in de moeilijke discussies die dan losbarsten. En er ontstaan allerlei rolverwarringen – Kamerleden die films gaan maken – en andere uitingen van verlies van evenwicht. Hoe vaak komt het voor dat een Kamerlid na een (verloren) stemming publiekelijk te kennen geeft dat hij of zij respect heeft voor het meerderheidsbesluit?

Om het gevaar van een gevechtcultuur te keren, past maar één medicijn. We moeten, in ieder geval wat betreft het politiek debat, (terug) naar de erkenning – en het getuigen daarvan – dat heel veel rechten tweelingrechten zijn en op den duur slechts kunnen blijven bestaan op basis van een simpele notie: respect vragen is respect betonen. Dat brengt misschien wat cohesie terug waar die nu dreigt te verdwijnen.

Ik realiseer mij dat dit korte betoog primair een politiek en, zo men wil, ethisch appel bevat en dat het niet eenvoudig is om het concept van tweelingrechten in strikt juridische zin uit te werken. Want het is niet zo dat de hiervoor verwoorde voorwaardelijkheden echt hard kunnen zijn, in die zin dat een beroep op een grondrecht waarbij geen respect voor een meerderheidsbeslissing of voor een ander grondrecht, op

*Wie de grondrechten van anderen  
niet voldoende respecteert,  
zou zelf wel eens minder snel  
grondrechtelijke bescherming  
moeten kunnen inroepen*

die enkele grond zou moeten worden ontzegd. Met name geldt dat grondrechtelijke bescherming tegen meerderheidsbeslissingen in beginsel overeind moet blijven. Wel zou het zo kunnen zijn dat het concept van tweelingrechten een rol kan spelen in de belangenafweging die in een concreet geval moet worden gemaakt in het geval van botsende grondrechten. Voor de civilist dringt zich in dat verband wellicht het bekende, maar ook niet geheel onproblematische, Anglo-Amerikaanse adagium op: *'He who comes to equity must come with clean hands.'* Wie een beroep doet op de redelijkheid en billijkheid mag niet zelf in aanzienlijke mate met diezelfde redelijkheid en billijkheid in strijd handelen. In grondrechten vertaald: wie de grondrechten van anderen niet voldoende respecteert, zou wel eens in de omstandigheden van het geval zelf minder snel grondrechtelijke bescherming moeten kunnen inroepen.

Of is het zo dat juristen niet steeds goede schrijvers over politiek/maatschappelijke problemen zijn, of misschien wel simpeler nog: is het wellicht zo dat het deze trotse vader van een tweeling vergaat zoals velen die iets speciaals overkomt; opeens zie je overal elementen in van de eigen situatie en meen je dat die geprojecteerd kunnen worden op geheel andere elementen van de werkelijkheid. Ik hoor het graag. Zeker ook van Paul van der Heijden, wiens wijze, besliste en weloverwogen, maar niet zelden ook intuïtieve inbreng in de redactie van dit blad node gemist zal worden. ■



# DE ONDERTOEZICHTSTELLING IN RELATIEF LICHT ZAKEN

1. Caroline Forder is bijzonder hoogleraar European Family Law aan de Universiteit Maastricht en medewerker van dit blad.

664 Prof. dr. C. Forder<sup>1</sup>

In 2007 heeft de kinderbescherming weer volop in de schijnwerpers gestaan. Niet alleen verschenen er twee onderzoeksrapporten waaruit bleek dat kindermishandeling veel meer voorkomt dan men had gedacht<sup>2</sup> maar daarnaast was er het rapport van de verschillende Inspecties dat duidelijk maakte dat de zorg en opvang voor in een inrichting geplaatste kinderen onder de maat is.<sup>3</sup> Veel aandacht trok ook de zaak van Savannah wier ondertoezichtstelling niet heeft kunnen beletten dat zij door haar moeder gedood werd.<sup>4</sup> Eens te meer werd duidelijk dat de kinderbescherming op een aantal punten voor verbetering vatbaar is. De

2. Lamers-Winkelmann e.a., Scholieren over mishandeling, WODC 2007; Van Ijzendoorn e.a. Kindermishandeling in Nederland anno 2005, Casimir Publishers, WODC 2007.
3. Justitiële jeugdinrichtingen, brief van de Staatssecretaris van Justitie waarin zij het rapport 'Veiligheid in justitiële jeugdinrichtingen: opdracht met risico's' aan de Tweede Kamer aanbiedt (10 september 2007). Kamerstukken II 2006/07, 24 587 en 28 741, nr. 232 (zie NJB 2007, 1887, afl. 36, p. 2342).
4. Rb 's-Gravenhage 17 november 2007, LJN BB8016; Inspectie Jeugdzorg, Onderzoek naar de kwaliteit van het hulpverleningsproces aan S, maart 2005.

taak dit te verwezenlijken ligt thans op het bordje van de nieuwe Minister voor Jeugd en Gezin, Rouvoet; een taak die allerminst kan worden aangeduid als kinderspel.

De politieke druk op de nieuwe minister een daad te stellen, is niet gering. Hij stelt onder meer voor de gronden voor de ondertoezichtstelling aan te passen. Dit voorstel krijgt gestalte in een voorontwerp van wet dat in het kader van het programma 'Beter Bescherm'd' door een daartoe aangestelde commissie is opgesteld en dat op 20 november 2007 aan een aantal betrokken organisaties is voorgelegd.<sup>5</sup> Een prominent element van het voorontwerp is het mogelijk maken een kind ook in 'relatief lichte zaken' door de kinderrechter onder toezicht te laten stellen.<sup>6</sup> Dit is conform de passage uit het Coalitieakkoord, volgens welke: '[Kinderen] uit gezinnen met problemen [...] sneller onder toezicht [moeten] kunnen worden gesteld. De

worden gelet op de verplichting van de Staat op grond van artikel 8 EVRM het familie- en gezinsleven te respecteren, waaruit voortvloeit dat iedere inmenging in het familie- en gezinsleven een specifieke rechtvaardiging vergt.

In welke situaties is eerder ingrijpen nodig? Het is niet evident dat de huidige wetgeving over ondertoezichtstelling een tijdige ingreep verhindert. Op grond van artikel 1:254 lid 1 BW is de kinderrechter bevoegd tot ondertoezichtstelling 'indien een minderjarige zodanig opgroeit, dat zijn zedelijke of geestelijke belangen of zijn gezondheid ernstig worden bedreigd, en andere middelen ter afwending van deze bedreiging hebben gefaald of, naar is te voorzien, zullen falen'. Het is niet noodzakelijk te wachten totdat het kind daadwerkelijk verwaarloosd wordt; een dreiging dat dit staat te gebeuren is al voldoende rechtvaardiging voor de ingreep.<sup>9</sup> De dreiging moet reëel zijn en niet slechts

## *De politieke druk op de nieuwe minister een daad te stellen, is niet gering*

strekking van de voorgestelde wetgeving is de kinderrechter de mogelijkheid te geven in een fase voordat sprake is van ernstige bedreiging van de ontwikkeling van het kind, een lichtere maatregel zoals verplichte opvoedingsondersteuning op te leggen.<sup>7</sup>

Dat minister Rouvoet tegenwoordig voorstander is van eerder ingrijpen in het gezin is opmerkelijk. In het debat in de Tweede Kamer van 13 september 2006 over het wetsvoorstel tot introductie van een civielrechtelijk verbod op het gebruik van geweld in de opvoeding, toonde hij zich weliswaar voorstander van dat voorstel, maar wel met de kanttekening dat het voorstel eigenlijk geen inbreuk op de ouderlijke verantwoordelijkheid maakte.<sup>8</sup> Van zijn toenmalige behoedzaamheid voor de ouderlijke verantwoordelijkheid is thans echter niets te bespeuren. Uiteraard mag een minister een nieuwe weg inslaan. De middelen waarmee hij zijn politieke doelstellingen nastreeft, moeten echter binnen de grenzen van het recht blijven. In dit geval moet

een mogelijkheid.<sup>10</sup> Op basis van de huidige regeling is het reeds mogelijk via een schriftelijke aanwijzing van de gezinsvoogd de ouder met gezag te verplichten een opvoedingscursus te volgen. Kortdurende trajecten zijn ook mogelijk, want er is geen minimum duur voor een ondertoezichtstelling. Het aantal ondertoezichtstellingen blijkt de laatste tijd overigens fors toe te nemen.<sup>11</sup>

De wettelijke regeling van de ondertoezichtstelling verhindert vroeg ingrijpen wel in zoverre dat iedere inmenging in het gezin een deugdelijke rechtvaardiging behoeft. Deze eis vloeit voort uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Zo is Duitsland in de zaak *Kutzner* veroordeeld voor het opleggen van een kindbeschermingsmaatregel in een situatie waarin weliswaar vaststond dat de kinderen zich niet goed ontwikkelden, maar de deskundigen van mening verschilden over de oorzaken daarvan.<sup>12</sup> In dezelfde zaak was het Europees Hof kritisch over het inzetten van een gedwongen maatregel terwijl de vrijwillige maatregelen niet waren uitgeput. De plannen van de minister stroken niet met deze rechtspraak. Ook een 'lichte maatregel' als een opvoedingscursus is een inmenging en behoeft dus rechtvaardiging. Blijkt het hiervoor gegeven citaat uit het Coalitieakkoord moet de wet worden aangepast om het opleggen van een gedwongen maatregel mogelijk te maken, zonder dat sprake is van een ernstige bedreiging van de ontwikkeling van het kind: dat komt neer op een gedwongen maatregel zonder rechtvaardiging. Het voornemen van de minister eerder in te grijpen, geeft blijk van verwarring over de grenslijn tussen gedwongen en vrijwillige maatregelen. Deze grenslijn verdient een strenge bewaking en mag niet door politieke vernieuwingen worden vervaagd. ■

5. 'Herziening kindbeschermingsmaatregelen', NJB 2007, 2267, afl. 43, p. 2786 (rubriek nieuws).

6. Kamerstukken II 2007/08, 31 001, nr. 37, p. 6.

7. Kabinetsformatie 2006-2007 tussen CDA, PvdA en ChristenUnie, pijler IV, Jeugd en Gezin, nr. 8. Zie ook NJB 2007, 410, afl. 7, p. 426 (rubriek nieuws).

8. 13 september 2006, Kamerstuk 106-6488, l.k. onderaan.

9. HR 30 april 1928, NJ 1928, 1220, m.nt. Paul Scholten.

10. Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Personen- en familierecht, bewerking Jan de Boer, Deventer: Kluwer 2006, par. 844.

11. Brief van de Minister voor Jeugd en Gezin (6 september 2007) over berichten dat steeds meer kinderen onder toezicht worden gesteld. Kamerstukken II 2006/07, 29 815, nr. 113.

12. EHRM 26 februari 2002, RJD 2002-I, p. 207 (*Kutzner t. Duitsland*), § 72.



# ONGEWENST GRENS- VERKEER TUSSEN POLITIEK EN BELASTINGRECHT

Een pleidooi voor meer scheiding van machten

1. Richard Happé is hoogleraar belastingrecht aan de Universiteit van Tilburg en medewerker van dit blad.

665 Prof. mr. R.H. Happé<sup>1</sup>

Van tijd tot tijd vormen zij voorpaginanieuws: fiscale affaires die tot de verbeelding spreken en in ieders geheugen worden opgeslagen. Zij hebben gemeen dat de politiek zich met de uitvoering bemoeit en, omgekeerd, de uitvoering dingen doet die op het terrein van de politiek liggen.

Het vaststellen van de belastingwetgeving is uiteraard voorbehouden aan de wetgever. De daadwerkelijke belastingheffing is opgedragen aan de belastinginspecteur, die daarbij gebonden is aan die wetgeving.<sup>2</sup> Aldus dringen verheven gedachten van machtscheiding zich op: wetgever en uitvoerder hebben ieder hun eigen terrein. De vraag is of in de fiscale praktijk politiek en uitvoerder steeds indachtig de trias politica opereren en zich niet begeven op het terrein van de ander. Het tegendeel lijkt soms het geval. Natuurlijk moeten we ons daarbij realiseren dat de Staatssecretaris van Financiën niet alleen deel uitmaakt van de wetgever maar ook verantwoordelijk is voor het functioneren van de Belastingdienst en daarmee van de belastinginspecteurs. Hij dient daarbij te waken voor ongewenste vermenging van zijn twee functies. De eerste cause célèbre: is de *Wibo van der Linde*-affaire halverwege de tachtiger jaren. Staatssecretaris van Financiën Koning verordonneerde de inspecteur hoe hij de aanslag van deze belastingplichtige moest regelen. Na veel gedoe nam de Kamer de motie Couprie aan waarin de staatssecretaris werd opgedragen zulke ingrepen in de aanslagregeling in een algemene aanwijzing neer te leggen en te publiceren.<sup>3</sup> Daarmee

kwam vast te staan dat de staatssecretaris bevoegd is om in te grijpen, maar werd tegelijkertijd duidelijk dat de Kamer de ingreep van de staatssecretaris om redenen van gelijke behandeling onjuist vond.<sup>4</sup> Het positieve resultaat was dat de ministeriële verantwoordelijkheid, ook buiten de fiscaliteit, nader werd geconcretiseerd.

Hoe gevoelig dit punt van politieke verantwoordelijkheid voor de individuele aanslagregeling ligt, bleek kort geleden weer eens tijdens een nachtelijk debat tussen de huidige staatssecretaris De Jager en de Kamer over het Belastingplan 2008. Daarin verklaarde De Jager dat de belastinginspecteur, net zoals de rechter autonoom is en zich geen instructies voor individuele gevallen laat aanleunen.<sup>5</sup> Kondigde hij daarmee een breuk aan met het beleid van zijn voorgangers? Enkele dagen later liet hij weten dat dat niet het geval was en dat zijn uitlatingen toch vooral gezien moesten worden in het licht van wat zijn voorgangers daarover eerder hadden verklaard. Op verzoek van de VVD en D'66 mag hij zijn visie nog eens op papier zetten en in een vervolgdebat komen toelichten.

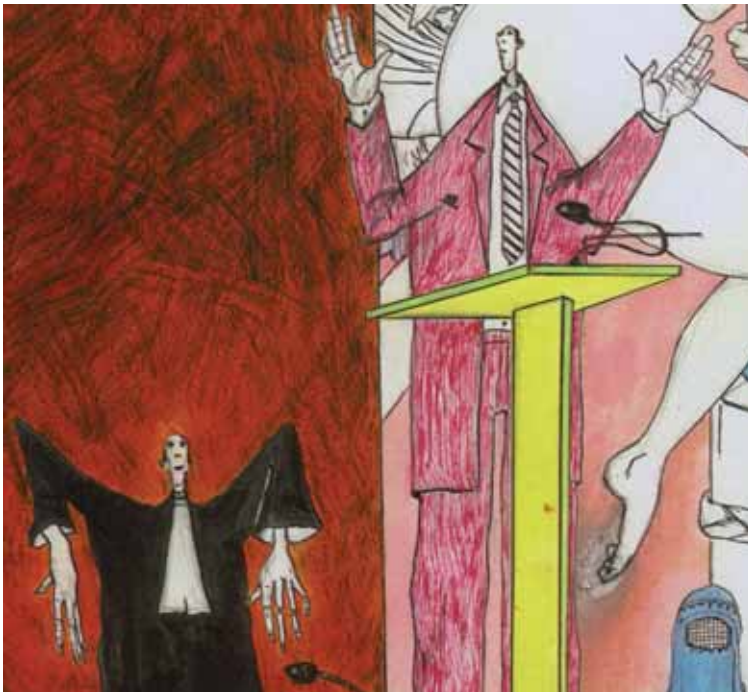
Enige jaren na de Wibo van der Linde-affaire duikt een andere grensoverschrijdende zaak, de *Technolease*-zaak in de media op. Philips verkocht de ziel van zijn onderneming, zijn technologische kennis, voor vermoedelijk f 2,8 miljard aan de Rabobank en leaste deze terug. In het fiscale jargon een sale-leaseback-constructie. In wezen ging het hier om een enorme steunoperatie van de overheid. Onder grote politieke druk ging de belastinginspecteur akkoord en liet hij zijn terechte fiscaaljuridische bezwaren varen. De toenmalige staatssecretaris Van Amelsvoort die naar verluidt zelfs met aftreden had gedreigd vanwege de druk vanuit het kabinet, zou over deze constructie hebben verklaard: 'dit is eens maar nooit weer'. Van een gepubliceerd beleidsbesluit zoals de motie Coup-

2. Verg. o.m. art. 11 lid 1 AWR: de aanslag wordt vastgesteld door de inspecteur.

3. Kamerstukken II 1985/86, nr. 19 022, nr. 15.

4. Zie bijvoorbeeld het rapport *Steekhoudend ministerschap van de Commissie Scheltema*, Kamerstukken II 1992/93, 21 427, nr. 40 en 41, p. 44.

5. Kamerstukken II 2007/08, 31 205 en 31 206, nr. 58, p. 85.



rie dat vereist, is nooit iets vernomen. Hier moest het recht wijken voor het machtswoord van de politiek. 'Politics trump law'.

Ook de belastinginspecteur maakt zich soms aan grensoverschrijding schuldig. Het opleggen van aanslagen dient te gebeuren op basis van de wet en binnen de grenzen van het recht. Aanvaard is daarbij dat de inspecteur in voorkomende gevallen van de bewoordingen van de wet mag afwijken om doel en strekking van de wetten beter tot hun recht te laten komen of om een schending van een beginsel van behoorlijk bestuur te voorkomen.<sup>6</sup> Ook vele beleidsregels strekken hier toe. Deze praktijk vormt als het ware de smeerolie van het belastingrecht.

Grensoverschrijding vindt plaats als de inspecteur van belastingheffing afziet zonder dat de wet daarvoor een basis verschaft. Een voorbeeld is de *Vinkenslag*-affaire uit 2004. Na allerlei soorten van verzet kwam de inspecteur met Vinkenslag-bewoners een aangenaam tarief voor de inkomstenbelasting overeen: 3% van hun omzet. Fiscaal polderen met lieden in de marge van de samenleving moet verleden tijd zijn, was de enig juiste

reactie van de politiek. Het was ook aanleiding om een onderzoek te laten verrichten naar andere contra legemafspraken, met het doel aan dit fiscaal gedogen een eind te maken.<sup>7</sup>

Onlangs heeft de Hoge Raad een streep gehaald door de rekening van andere belastingplichtigen die zich naar aanleiding van de Vinkenslag gediscrimineerd voelden: een bestuursorgaan is niet gehouden een ongerechtvaardigd voordeel ook aan anderen te verlenen. Het is rechtsplichtig zo'n bevoordeling te staken en niet om deze uit te breiden. Ook de rechter markeert hiermee het einde van het fiscale gedogen.<sup>8</sup>

Wat hebben deze voorbeelden met elkaar gemeen? Dat zij op gespannen voet staan met de grondwettelijke plicht om uitsluitend krachtens de wet belasting te heffen. Het verlenen van privileges 'in het stuk van belastingen' verdraagt zich daar niet mee, zo leerde al tot 1983 het oude grondwetsartikel 189.<sup>9</sup> In zoverre geldt voor politiek én uitvoering 'law trumps politics'. Het omgekeerde komt ook voor: er wordt meer geheven dan wettelijk mogelijk is. Soms neemt de fiscus standpunten in die in rechte discutabel of zelfs niet pleitbaar zijn. Er kan dan een situatie ontstaan dat de andere partij geen kant meer uitkan en wel akkoord moet gaan met het standpunt van de inspecteur. Als een gerechtelijke procedure geen optie is vanwege bijvoorbeeld derdenbelangen, reputatieschade of de hoge kosten dan wel de lengte van zo'n procedure, zal menig een eieren voor zijn geld kiezen. Berucht in de fiscale wereld zijn in dit verband de zogenaamde *intimidatieresoluties*, zoals de *Barbizonresolutie*<sup>10</sup> en de *Kasgeld- en holdingresolutie*.<sup>11</sup> In zijn ijver om onwenselijk geachte constructies te bestrijden, neemt de fiscus soms zowel onredelijke als kansloze en onjuiste standpunten in.<sup>12</sup>

Vorig jaar was het weer raak: de *Bos en Lommer*-soap. Volgens de overgrote meerderheid van (hoog)geleerde fiscalisten die over deze zaak hun mening in de media hebben geventileerd, was er geen sprake van belastbaarheid van de dagvergoeding die de bewoners hadden ontvangen.<sup>13</sup>

De gemeente Amsterdam betaalde uiteindelijk een afkopsom om de bewoners van Bos en Lommer van acties van de inspecteur te vrijwaren. Machtspolitiek trad hier in de plaats van rechtstoepassing. Wederom 'politics trump law'. Dat is niet de weg die de fiscus dient te gaan. Bij de toepassing van de wet dient hij altijd binnen de grenzen van de woorden en de strekking van die wet te blijven. Als de wet tekortschiet, dient de wetgever zonodig deze aan te passen. Het is niet aan de uitvoerder het tekortschieten van wetgeving met oneigenlijke middelen op te heffen.

De conclusie is dat zowel politiek als fiscus soms de verleiding niet kunnen weerstaan en illegaal grensverkeer plegen. Het resultaat bestaat nu eens uit fiscale privileges dan weer uit fiscale knevelarij. Elke eerstejaars rechtenstudent wordt het voorgehouden: het grote belang van de machtscheiding van Montesquieu. Dat is niet voor niets. ■

6. Zie bijvoorbeeld het doorbraakarrest HR 12 april 1978, BNB 1978/136, NJ 1979, 533.

7. Zie voor deze biecht van de fiscus P.H.J. Essers en R.H. Happé, *Kroniek van het belastingrecht*, NJB 2004, p. 1622.

8. HR 10 augustus 2007, BNB 2008/4.

9. Art. 1 Gw heeft dit artikel overbodig gemaakt.

10. Zie de resolutie van 6 november 1986, BNB 1987/40 en het vernietigende oordeel van de Hoge Raad in HR 22 februari 1989, BNB 1989/122.

11. Zie resolutie 13 juni 1991, BNB 1993/131.

12. Zie in deze zin de beschouwing over de Barbizonresolutie van P.H.J. Essers, 'Het ondernemerschap van de commanditaire vennoot', WFR 1993/6053, p. 688.

# DE POLITIEK VAN HET ARBEIDSRECHT

1. Ton Hartlief is hoogleraar burgerlijk (proces)recht aan de Universiteit Maastricht en redacteur van dit blad.

666 Prof. mr. T. Hartlief<sup>1</sup>

Wat is de staat van het arbeidsrecht? In de Geersbundel (*Arbeid en gezondheid*, 2006, p. 25 e.v.) houdt Paul van der Heijden het hedendaagse arbeidsrecht tegen het licht: hoe verhoudt het zich tot zijn grondslagen? Hij noemt bescherming zelf 'de meest uitgesprokene en in het oog vallende' naast verantwoordelijkheid, bestaanszekerheid, solidariteit, non-discriminatie en participatie. Bescherming en ongelijkheidscompensatie geven inhoud en kleur aan het vakgebied. Zijn beoefenaren, althans de hooggeleerde vaandeldragers, worden gedreven door de gedachte dat het recht de ongelijkheid tussen werknemer en werkgever dient te compenseren en zijn daarin ook duidelijk met elkaar verbonden. Anders dan collega's op aanpalende terreinen zijn zij min of meer eensgezind in politiek engagement. De schaarse poging van een enkeling, neem de oratie van Ans Luttmer-Kat (*Ondernemersbesluiten onder actievuur*, 1990), om de vanzelfsprekendheid die grondwaarden eigen lijkt ter discussie te stellen, komt hem of haar op een koele ontvangst te staan. Handen af van de grondwaarden van het arbeidsrecht!

En toch kenmerkt het rechtsgebied zich niet door stilstand. Een krachtige uiting van de bescherming vormt de zorg voor een veilige werkomgeving en de daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid van de werkgever. Opmerkelijk is dat de bescherming tegen de risico's verbonden aan de arbeid in het recht niet steeds op dezelfde wijze vorm krijgt. Dat valt niet alleen op wanneer we ons stelsel vergelijken met dat van omliggende landen, maar ook wanneer we de ontwikkeling van ons eigen recht volgen (Saskia Klosse (ed.), *Shifts in Compensating Work-Related Injuries and Diseases*, 2007). Nederland heeft op dit moment één van de weinige stelsels die gedomineerd worden door civiele werkgeversaansprakelijkheid, maar ook ons recht kent verschuivingen tussen 'publiek' en 'privaat'. Met invoering van de WAO in 1967 en gelijktijdige afschaffing van de Ongevallenwet is artikel 1638x werkelijk relevant geworden voor gekwetste werknemers, zij het dat de mogelijkheden die deze bepaling bood pas in de jaren tachtig op waarde werden geschat. Dat heeft alles te maken met de afkalving van de sociale zekerheid, maar ook met de opkomst van de letselschadeadvocatuur en zeker met de rechtspraak van de Hoge

Raad. De afgelopen 25 jaar zijn zeer veel arresten gewijd aan artikel 1638x en artikel 7:658 BW.

Doet de Hoge Raad dan aan politiek? Toen Van Schellen begin jaren tachtig iets dergelijks suggereerde (*Wat doet de Hoge Raad?*), althans beweerde dat de Hoge Raad 'deed' aan bescherming van de zwakkere partij, was Den Haag te klein. Heden ten dage kan een academicus zonder risico stellen dat de bescherming tegen arbeidsgerelateerde risico's juist door de Hoge Raad op niveau is gebracht. Hij heeft vormgegeven aan een vergaande zorgplicht, die weliswaar geen risicoaansprakelijkheid is, maar vaak wel zo wordt beleefd en het eigen schuldverweer bijna geheel afgeschaft. De asbestrechtspraak levert nog meer wapenfeiten op. Zo heeft de Hoge Raad een onderzoeksplicht van de werkgever naar (eventuele) risico's verbonden aan het werk gebaseerd op het ongeschreven recht, heeft hij voor de hand liggende werkgeversverweren ('iedereen deed het zo', 'de overheid deed ook niets') gewogen en te licht bevonden en proportionele aansprakelijkheid geïntroduceerd.

Aldus houdt de Hoge Raad de werkgeversaansprakelijkheid bij de tijd en houdt hij met genoemde onderzoeksplicht werkgevers scherp, hetgeen ook met het oog op 'nieuwe risico's' die de toekomst voor ons in petto heeft van belang is. De Hoge Raad doet hier uiteraard aan rechtsontwikkeling, rechtsvorming zelfs. In vergelijking met de bijdrage van de wetgever die in artikel 7:658 BW weinig meer heeft gedaan dan de bewijslast op het punt van de zorgplichtschending om te keren en de in- en uitleenrechtspraak vast te leggen, is de bijdrage van de Hoge Raad spectaculair te noemen. Voor mij lijdt geen twijfel dat hij hier 'doet' aan bescherming van de zwakkere partij en dan wellicht ook aan politiek. Uiteraard maakt hij daarbij gebruik van de 'omgeving' die door de wetgever is gecreëerd (titel 7.10 heeft immers een duidelijke 'politieke' kleur) maar het is onzin te beweren dat zijn rechtspraak onvermijdelijk wordt opgeroepen door het wetgevend kader.

Dat kader wordt nu op de proef gesteld: de arbeider die de BW-regeling inhoud gaf, kan nauwelijks nog model staan in deze tijd van verschuiving van de industrie naar de dienstensector, flexibilisering, toegenomen mobiliteit en tele- en thuiswerken. Het vakgebied

## *De moderne werknemer wil serieus genomen worden, kan zijn eigen boontjes doppen en draagt 'eigen verantwoordelijkheid' hoog in het vaandel*

moet nu ook plaats bieden aan vele goed geschoolde en mondige werknemers die meer geïnteresseerd zijn in keuzeruimte dan in afgedwongen bescherming, in een regeling à la carte dan in eenheidsworst, in contractvrijheid dan in dwingend recht. De moderne werknemer wil serieus genomen worden, kan zijn eigen boontjes doppen en draagt 'eigen verantwoordelijkheid' hoog in het vaandel.

Dit mensbeeld heeft nog geen voet aan de grond gekregen in de rechtspraak met betrekking tot artikel 7:658 BW. Illustratief is de lijn inzake eigen schuld, waar alleen 'bewuste roekeloosheid' relevant is en zo restrictief wordt uitgelegd dat de werknemer in wezen eenzelfde bescherming in de arbeid ten deel valt als kinderen jonger dan veertien in het verkeer. Deze koers van de Hoge Raad die volgens mij onvoldoende maatschappelijk draagvlak heeft, is recentelijk verdedigd vanuit de psychologie (Jeannette Honée, *AA* 2008, p. 98 e.v.). Ik houd mijn twijfels. Nemen we werknemers hier wel serieus?

Waar 'Poortwachter' bij ziekteverzuim zowel werkgever als werknemer verantwoordelijk maakt, zie ik, anders dan Paul in de Geers-bundel, bij artikel 7:658 BW geen verschuiving van zorgplicht naar eigen verantwoordelijkheid. Wellicht dat artikel 7:611 BW uitkomst biedt: goed werkgeverschap is vaker een geschikt vehikel voor modernisering. Artikel 7:611 BW heeft inmiddels spectaculaire arresten opgeleverd over arbeidsgerelateerde verkeersongevallen en een onge-

val in het buitenland (KLM-piloot). Eigenlijk krijgt de werkgever de opdracht te zorgen voor een financieel vangnet in gevallen die weliswaar samenhangen met het werk maar waarin van een veiligheidsverplichting, laat staan een schending daarvan, moeilijk kan worden gesproken. Deze rechterlijke rechtsvorming gaat gepaard met de bekende horten en stoten (duidelijkheid brengt pas het volgende arrest waarop het vaak jaren wachten is), maar verraaft een politiek waarin naar moderne inzichten een verschuiving plaatsvindt van zorgplicht en zorgplichtschending naar het bieden van een zekere financiële waarborg in situaties waarin aan de moderne werknemer nu eenmaal in verband met zijn werk wordt blootgesteld. De jongste rechtspraak (*RvdW* 2008, 176 en 178) toont dat de Hoge Raad een 'andersoortige' aansprakelijkheid voor zich ziet met een minder hoog beschermingsniveau dan artikel 7:658 BW, die dan ook een steviger appel doet op eigen verantwoordelijkheid van de werknemer. Artikel 7:611 BW leidt zo tot verdeling van lasten. Werkgever én werknemer worden serieus genomen.

Wat mij betreft, dringt deze lijn door tot artikel 7:658 BW. Daar kan het ouderwetse en eenzijdige denken in termen van bescherming en zorgplicht wel wat compensatie gebruiken. Enig tegenwicht in de vorm van het serieus nemen van de werknemer en – in lijn daarmee – het consequenties verbinden aan diens eigen keuzes en fouten zou hier welkom zijn. Is de tijd niet rijp voor deze nieuwe politiek? ■



# WAAROM HET WEER NIET LUKTE OM HET ONTSLAGRECHT TE HERZIEN

1. Guus Heerma van Voss is hoogleraar sociaal recht aan de Universiteit Leiden en medewerker van dit blad.

667 Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss<sup>1</sup>

Een onderwerp van politiek en recht waarmee Paul van der Heijden zich zowel aan de beleidsmatige kant (SER) als aan de juridische kant heeft beziggehouden, is het ontslagrecht.

Het leek er het afgelopen jaar op dat er na 53 jaar eindelijk iets zou gaan veranderen aan het preventieve toezicht van de overheid op ontslagen door de werkgever. Weliswaar waren er de cynici die zeiden dat dit al zo vaak geprobeerd was zonder succes, dat het nu ook wel weer niet zou lukken, maar toch waren er belangrijke indicaties dat het ditmaal anders zou kunnen uitpakken.

Daar was in de eerste plaats het feit dat binnen de SER (mede dankzij de inzet van Paul van der Heijden) eind 2006 bijna een akkoord werd bereikt tussen werkgevers en werknemers over dit onderwerp. De neuzen kwamen dus al meer dezelfde kant op te staan. Daarna bleek ook de nieuwe Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Donner bereid vergaand zijn nek uit te steken voor een herziening van het ontslagrecht. In een adviesaanvraag aan de Stichting van de Arbeid, kwam hij met een uitgewerkt plan voor een ingrijpende herziening. Toch liep uiteindelijk het overleg in de coalitie vast en ziet het er weer niet naar uit dat er voorlopig veel zal veranderen op dit gebied.

## WAAROM IS HET OPNIEUW NIET GELUKT?

In het verleden was het dikwijls zo dat de sociale partners of de politiek het onderwerp ontslagrecht te onbelangrijk vonden om zich sterk te maken voor verandering. Zo moest de Eerste Kamer in 1999 een studie naar het ontslagrecht afdwingen bij een tegenstribbelende minister Melkert. Het daarop in 2000 verschenen rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagrecht (Commissie Rood) werd vervolgens ijlings door minister Vermeend geparkeerd bij de Stichting van de Arbeid. Daar lieten de werkgevers zich in 2003 inpakken door de vakbonden en adviseerden zij gezamenlijk dat het ontslagrecht geen probleem voor de arbeidsmarkt

vormde. Een merkwaardige stellingname, gezien het enkele jaren later door werkgevers ingenomen standpunt dat hierbij juist wel van een knelpunt sprake was. In deze periode hadden ministers en sociale partners kennelijk belangrijkere zaken aan het hoofd.

Deze situatie wijzigde rond 2006, waarschijnlijk omdat na de hervormingen van het socialezekerheidsstelsel (WAO werd WIA, nieuw ziektekostenstelsel, bekorting WW-uitkering) het ontslagrecht zich nu als laatste knelpunt naar voren drong. Al sinds 1945 wordt in beginsel elk ontslag door de werkgever vooraf door de overheid getoetst. Deze CWI-procedure, geregeld in het BBA 1945, is lang en bureaucratisch. Werkgevers hebben als ontsnappingsmogelijkheid de ontbinding door de kantonrechter gevonden. De kantonrechters werken hieraan mee, maar verbinden daar de prijs aan van de ontbindingsvergoeding: de befaamde 'kantonrechtersformule'. Hierdoor zijn ontslagen in Nederland voor werkgevers naar keuze omslachtig of duur. Aan beide elementen willen werkgevers liefst een einde maken. Vakbonden beroepen zich op de rechtsbescherming die werknemers aan het systeem zouden ontnemen. In werkelijkheid is de rechtsbescherming bij het CWI echter zeer beperkt. Het voordeel voor de werknemers zit er met name in dat zij de prijs op het ontslag kunnen verhogen door te dreigen met verweer bij het CWI.

De reden waarom het in de SER eind 2006 net niet lukte, zou wel eens voor een belangrijk deel kunnen liggen in de verkiezingen die rond die tijd werden gehouden. De SP won sterk. Radicale standpunten in de vakbeweging kregen de wind mee en blokkeerden instemming van de FNV met de plannen. Maar daarnaast ontbrak het werkgevers ook aan 'self-restraint': de notie dat als je de overhand hebt, je toch niet het onderste uit de kan moet willen. Het standpunt dat én het preventieve toezicht diende te vervallen én de vergoedingen omlaag moesten gaan, zonder daar tegenover een substantiële concessie te doen, was te veel gevraagd.

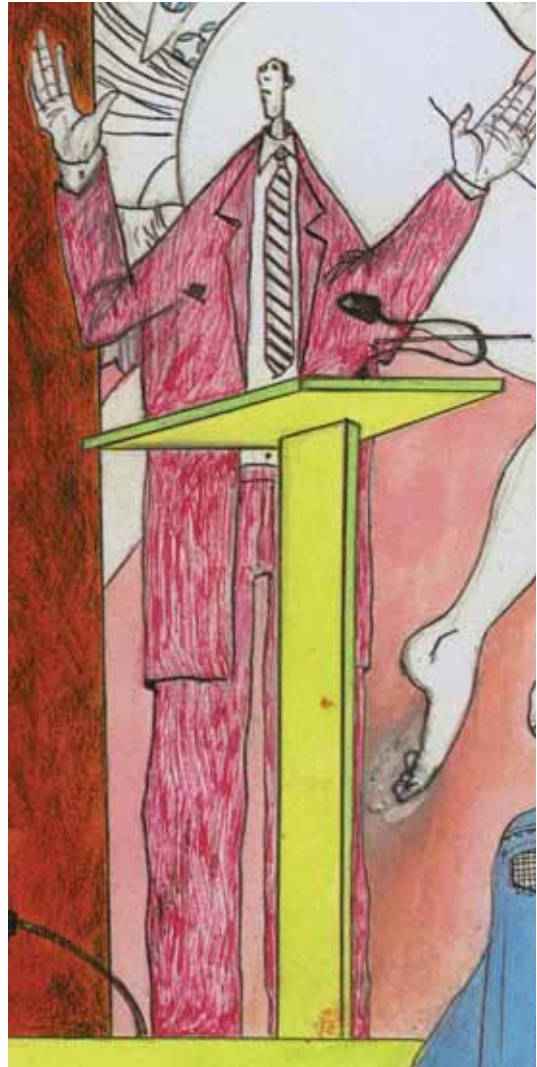
## *Het was voor elke kenner van het arbeidsrecht direct duidelijk dat dit voorstel het nooit zou kunnen halen*

Ook bij de discussie over de Participatietop, waarbij werkgevers hun medewerking bij het scheppen van nieuwe werkgelegenheid koppelden aan hervorming van het ontslagrecht, probeerde de vakbeweging het onderwerp taboe te verklaren. Met name werd aan-gevoerd dat in een goed draaiende economie een her-vorming niet nodig was. Maar dit argument is minder sterk, nu in een slecht draaiende economie de be-scherming tegen ontslag juist als veel belangrijker zal worden gevoeld. Ook werknemers kunnen belang heb-ben bij modernisering van het ontslagrecht. Tekenend is dat Groen Links wel gevoelig is voor het argument dat in het huidige stelsel de 'insiders' (werknemers met vaste banen) te veel worden beschermd.

Daarna kwam het initiatief van minister Donner en dit riep direct uitgesproken verzet op. De voornaamste reden hiervoor lijkt dat de minister een zeer eenzijdig voorstel presenteerde. Hij had in dit plan niet alleen beide werkgeverswensen (afschaffing preventief toe-zicht én verlaging van de vergoedingen) gehonoreerd, maar ook nog op tal van meer gedetailleerde punten de ontslagbescherming uitgehold. Het was voor elke kenner van het arbeidsrecht direct duidelijk dat dit voorstel het nooit zou kunnen halen. Daarna kwam ook nog het ongelukkige optreden van werkgeversvoorzit-ter Wientjes, die meedeelde dat werkgevers met het nieuwe ontslagrecht geen personeelsdossiers meer zouden behoeven bij te houden. Daarmee suggereerde hij dat werkgevers minder zorgvuldig met ontslagen zouden kunnen omgaan in het nieuwe stelsel, in plaats van juist te betogen dat werkgevers ook zonder pre-ventief toezicht fatsoenlijk met hun personeel kunnen omgaan.

De PvdA liet zich dubbelzinnig uit over herziening van het ontslagrecht: partijleider Bos was aanvan-kelijk voor, maar later werd de partij steeds sterker tegen. De vakbonden slaagden er in de Partij van de Arbeid zo zeer onder druk te zetten dat deze – tegen de achtergrond van minder gunstige kiezersonderzoe-ken – uiteindelijk besloot het hele voorstel te blok-keren in plaats van erover te onderhandelen. Daarbij kwam nog de samenvallende met enkele nederlagen die de PvdA op andere punten had moeten slikken, zoals het niet gehouden referendum over het Europese Hervor-mingsverdrag.

Belangrijk probleem bij de discussie over het ontslag-recht is dat niet iedereen over hetzelfde spreekt. De een bedoelt met 'versoepeling' dat ontslagen niet meer



worden getoetst, de ander alleen dat de procedure minder bureaucratisch wordt. Het is een onderwerp dat zich gemakkelijk leent voor retoriek. De angst voor negatieve gevolgen van globalisering is groot en kan gemakkelijk politiek worden uitgebuit. Ook minister Donner bediende zich van de verkeerde argumenten door te betogen dat een modernisering van het ont-slagrecht de werkgelegenheid zou vergroten. Dit effect is echter zeer twijfelachtig en in ieder geval niet sub-stantieel. Een herziening moet er met name omgaan het stelsel functioneler en transparanter te maken. Samengevat is het nieuwe ontslagrecht er niet geko-men, door spraakverwarring over doel en inhoud van de gewenste herziening, gecombineerd met ontactisch optreden van minister en werkgevers en opportunisme van vakbeweging en PvdA. Wil het onderwerp weer be-handeld kunnen worden, dan lijkt een verzakelijking van de discussie in elk geval het meest noodzakelijk. Als iedereen het er eerst over eens zou worden dat een modernisering van het ontslagrecht niet betekent dat ook de rechtsbescherming van de werknemer ver-dwijnt, dan zouden we een stuk verder zijn. ■

# DEMOCRATIE, VROUWEN EN (ON)RECHT

1. Aart Hendriks is hoogleraar gezondheidsrecht te Leiden, ondervoorzitter Commissie gelijke behandeling (GGB) en medewerker van dit blad.

668

Prof. mr. dr. A.C. Hendriks<sup>1</sup>

De afgelopen maanden zijn we getuige geweest van ernstige ongeregelde heden in de aanloop naar of naar aanleiding van parlements- of presidentsverkiezingen. Ik doel dan in het bijzonder op de stembusgang in Kenia, Pakistan en – voor zover de term ‘verkiezingen’ op dat land van toepassing is – Rusland. Dat verkiezingen onder meer zijn bedoeld om een vreedzame machts-overdracht mogelijk te maken, zouden we haast vergeten.

De brute moordaanslag op Benazir Bhutto, op 27 december 2007, riep bij velen in ons land *déjà vu*-gevoelens op. Net als in Pakistan zagen we ons na de moord op Pim Fortuijn, op 6 mei 2002, geplaatst voor het dilemma of de verkiezingen, gepland voor 15 mei 2002, wel doorgang konden vinden. Ja, oordeelde het demissionaire kabinet Kok II. De verkiezingsuitslag en de Haagse chaos die daarop volgde, staan ons nog helder voor de geest. Het moet ons dan ook niet verbazen dat het stof in Pakistan thans nog allerminst is neergedaald. Aanslagen, zoals onlangs in Lahore, zijn daar helaas nog aan de orde van de dag.

Anders dan Nederland staat Pakistan nou niet bepaald bekend als een stabiele democratie. Met de naleving van de mensenrechten en de rechten van de vrouw is het daar, eveneens in tegenstelling tot in Nederland, evenmin goed gesteld. Niettemin lukte het Benazir Bhutto tweemaal eerder, als politiek leider van de *Pakistan People's Party*, premier te worden van dit immense land (1988-1990 en 1993-1996). Daarmee was zij de eerste vrouw die deze functie in een islamitisch land uitoefende. Zij is aldus tevens een rolmodel voor velen in de wereld, ondanks de – terecht – kritiek die men op haar persoon kan hebben.

Democratie staat voor ‘regering door het volk’. In de meeste landen ter wereld impliceert dit dat burgers,

gebruikmakend van het kiesrecht, de samenstelling van vertegenwoordigende lichamen bepalen en dat burgers zich voor belangrijke functies verkiesbaar kunnen stellen. Anders dan in het oude Athene rekenen we in Nederland en in Pakistan mannen én vrouwen tot het volk.

Politieke partijen nemen een vooraanstaande plaats in binnen een democratische rechtsstaat. Het zijn deze samenwerkingsverbanden die het politieke proces domineren en die, althans in een parlementaire democratie, hun stempel zetten op de wijze waarop een land wordt bestuurd. Zo ook in Nederland. Om voorgedragen te kunnen worden voor een vertegenwoordigende functie zijn mensen grotendeels afhankelijk van een politieke partij. In de praktijk is het lidmaatschap van een politieke partij ook een voorwaarde om te kunnen worden benoemd tot bestuurder of voor tal van andere functies. Politieke partijen geven daarnaast kleuring aan ons recht. Binnen de grenzen van de democratische rechtsstaat bestaat er voor politieke partijen immers de mogelijkheid wetten aan te nemen, te amenderen en in te trekken, waarmee politieke idealen tot uitdrukking kunnen worden gebracht. Te onzent is hetgeen hierover tijdens de kabinetsformatie in het regeerakkoord wordt neergelegd vaak bepalend voor de daarop volgende regeerperiode.<sup>2</sup>

Het zijn van een democratische rechtsstaat betekent niet alleen dat er de mogelijkheid is om met een beroep op de volkssoevereiniteit wetten te veranderen. Democratie brengt ook beperkingen met zich. Die beperkingen zijn van formele aard, bijvoorbeeld het respect voor de *trias politica*. Maar er zijn ook begrenzungen in materiële zin. Wat betreft dit laatste geldt immers dat een democratische staatsvorm pluralisme, tolerantie en ruimdenkendheid veronderstelt, opdat iedere ingezetene zich gewaardeerd en gerespecteerd weet.<sup>3</sup> De tolerantie ten opzichte van ‘andersdenkenden’, in het bijzonder ten aanzien van minderheden, behoort in een democratie in ruime mate aanwezig te zijn. Tegelijkertijd is dit respect niet onbeperkt. Politieke partijen die een bedreiging vormen voor de democratische rechtsstaat of die handelen in strijd met fundamentele mensenrechten kunnen in het uiterste geval, ook volgens de Straatsburgse jurisprudentie, worden verboden.<sup>4</sup>

2. P.F. van der Heijden, *De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking. Handelingen NJV 2001-I*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 73.

3. H.-M.Th.D. ten Napel, ‘Het EHRM en de “waarlijk democratische regeringsvorm”’, *NJCM-Bulletin* 2007, p. 1090-1106.

4. EHRM 13 februari 2002, *Refah Partisi t. Turkije* (GC), NJ 2005, 89 (m.nt. E.A. Alkema). Zie ook, recentelijk, EHRM 11 december 2007, *Elteberria e.a. t. Spanje* (dec.), nr. 35579/03, 35613/03, 35626/03, 35634/03.

In Nederland is dit laatste vraagstuk thans actueel. Uitgerekend de oudste politieke partij die ons land rijk is, te weten de Staatskundige Politieke Partij (SGP), zorgt met haar 'vrouwenstandpunt' zowel nationaal als internationaal voor de nodige reuring.<sup>5</sup> Conform haar statuten en program van beginselen weigert de partij vrouwen het gewone partijlidmaatschap aan te bieden en vrouwen voor te dragen voor vertegenwoordigende lichamen. Diezelfde partij heeft echter geen wroeging subsidiegeld te ontvangen van een – anders dan zij wenselijk acht – niet-theocratische staat, waarvan *nota bene* een vrouw het hoofd is. Sterker, toen de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) op 20 december 2005 het subsidieverzoek – conform het vonnis van de Haagse rechtbank<sup>6</sup> – van de partij afwees, tekende de partij bezwaar aan en stelde zij aansluitend beroep in. In

verstoring van het evenwicht tussen het discriminatieverbod en het recht van vrouwen op deelname aan het maatschappelijke en het politieke leven enerzijds en het waarborgen van het adequaat functioneren van politieke partijen in het democratische staatsbestel en de hun mede daartoe toekomende rechten anderzijds. De Afdeling kent daarbij mede belang toe aan de omstandigheid dat vrouwen in Nederland lid kunnen worden van een andere politieke partij, die hen wel wil voordragen voor vertegenwoordigende functies.

De uitspraak van de Afdeling kan niet overtuigen. Ook, of wellicht juist, politieke partijen hebben zich te conformeren aan de fundamentele normen die gelden binnen een democratische rechtsstaat.<sup>8</sup> Het feit dat zo'n partij om godsdienstige of anderen redenen vrouwen als ongelijkwaardig aanmerkt, althans aldus behandelde, maakt dit niet anders. Daarmee handelt de par-

## Was Benazir Bhutto aanhangster geweest van de SGP, dan had zij vandaag de dag mogelijk nog geleefd

hoger beroep trof de partij een gewillig oor bij Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.<sup>7</sup> De Afdeling vernietigde de uitspraak van de Haagse bestuursrechter en bepaalde dat de Minister van BZK alsnog een besluit diende te nemen op het bezwaar van de SGP 'met inachtneming van deze uitspraak'. Kort gezegd, overwoog de Afdeling dat het voor een democratische rechtsstaat van groot belang is dat het gedachtegoed van binnen de samenleving bestaande maatschappelijke, levensbeschouwelijke, ideologische en religieuze stromingen goed kan worden verwoord door verschillende politieke partijen. Daarmee lijkt de Afdeling aansluiting te zoeken bij de Straatsburgse eisen van pluriformiteit, tolerantie en ruimdenkendheid. Hoewel de Afdeling het normatieve belang van het discriminatieverbod onderschrijft, komt zij tot de slotsom dat er geen sprake is van een ontoelaatbare

tij in strijd met een fundamenteel mensenrecht. Deze schending kan evenmin worden gecompenseerd door de omstandigheid dat vrouwen lid kunnen worden van een andere partij. Daarmee lijkt de Afdeling te pleiten voor herinvoering van de *separate but equal*-doctrine, een uitleg van het gelijkheidsbeginsel die in de negentiende eeuw door het Amerikaanse Hoog Gerechtshof werd gesauveerd,<sup>9</sup> maar die het Hof inmiddels alweer meer dan vijftig jaar geleden ongrondwettig heeft verklaard.<sup>10</sup>

Gelukkig heeft het Hof Den Haag, in de civiele procedure, de Afdeling bestuursrechtspraak een lesje democratie en constitutioneel recht gegeven.<sup>11</sup> Terecht neemt het hof 'tot uitgangspunt dat het beginsel dat vrouwen niet behoren te worden gediscrimineerd, door de handelwijze van de SGP in de kern wordt geraakt' (r.o. 6.15). Met recht overweegt het hof voorts dat 'het vrouwenstandpunt van de SGP tot gevolg heeft dat de discriminatie van vrouwen zich niet afspeelt in private verhoudingen maar zich manifesteert en zijn uitwerking heeft in de kern van ons democratisch bestel, namelijk bij de verkiezingen voor gemeenteraad, provinciale staten en parlement. Anders dan bijvoorbeeld een gezelligheidsvereniging of sportclub, vervullen politieke partijen een essentiële rol in de democratie' (r.o. 6.17). Hieraan voorbijgaan, zoals de Afdeling doet, betekent het niet serieus nemen van de kernwaarden van de democratie.

Opmerkelijk bij dit alles is dat de zelfbenoemde kampioenen van het vrije woord, die iedere vinger die een moslim uitsteekt naar een vrouw<sup>12</sup> aangrijpen om moord en brand te roepen, zich thans hullen in stilte. Maar dit terzijde. Zoals bekend, heeft de ministerraad

5. M.M. de Boer, 'Zorgen over de status van het VN-Vrouwenverdrag in de Nederlandse rechtsorde', NJCM-Bulletin 2007, p. 1218-1226.

6. Rb. 's-Gravenhage 7 september 2005, NJ 2005, 473, NJCM-Bulletin 2005, p. 1091 (m.nt. M. de Blois & T. Loenen).

7. ABRvS 5 december 2007, NJB 2007, 2360, p. 2926, NJCM-Bulletin 2008, nr. 2 (m.nt. H.-M.Th.D. ten Napel & A.G. Castermans), LJN BB9493.

8. Hetzelfde geldt voor politici. Vergelijk de recente discussie rond de (evt.) film van Kamerlid Wilders.

9. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

10. *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

11. Hof 's-Gravenhage 20 december 2007, NJCM-Bulletin 2008, nr. 2 (m.nt. H.-M.Th.D. ten Napel & A.G. Castermans), LJN BC0619.

12. Of moeten we inmiddels zeggen: 'die weigert een hand uit te steken naar een vrouw'?



ingestemd met het voorstel van de Minister van BZK om tegen de uitspraak van het Hof Den Haag cassatie aan te tekenen, waardoor deze discussie thans nog een vervolg krijgt.<sup>13</sup>

Was Benazir Bhutto aanhangster geweest van de SGP, dan had zij vandaag de dag mogelijk nog geleefd. Deze ambitieuze en eloquente vrouw heeft de wereld echter duidelijk gemaakt dat vrouwen in een democratie gelijk zijn aan mannen, ook met betrekking tot het bekleden van politieke functies en het lidmaatschap van politieke partijen. Keerzijde is dat zij dan ook in gelijke mate doelwit kunnen zijn van politiek geïnspi-

reerde aanslagen.

Bhutto was bereid te sterven voor het herstel van de democratie in haar land. Wellicht kunnen de SGP en de Afdeling ook lering trekken uit haar dood; dat een vrouw als zij in een (fragiele) democratie kon meedingen naar het premierschap, is kennelijk nog niet voor eenieder een vanzelfsprekendheid. ■

13. Zie ook J. Peters & K. Bleeker, 'Staat moet SGP aanpakken maar ook subsidiëren', NJB 2008, 494, p. 556-563.

# RECHT EN POLITIEK: CONTOUREN VAN EEN OVERTUIGINGSCRISIS

1. Marc Hertogh is hoogleraar rechts-sociologie aan de Rijksuniversiteit Groningen en medewerker van dit blad.

669 Prof. dr. M.L.M. Hertogh<sup>1</sup>

Het moet, als ik me goed herinner, ergens eind jaren negentig zijn geweest. Tijdens een congres in het Kurhaus in Scheveningen luistert een zaal vol juristen naar een forumdiscussie met een aantal Kamerleden. Doel van de discussie is: hoe zorgen we ervoor dat er meer geld wordt geïnvesteerd in de rechtspleging? De ene na de andere prominente jurist voert het woord en de politici luisteren geduldig, maar het debat verloopt uiterst moeizaam. Halverwege de discussie zet één van de Kamerleden de zaak op scherp met de volgende vraag: legt u mij nu eens uit waarom we het geld niet langer moeten uitgeven aan meer wegen of meer ziekenhuizen, maar aan meer rechters? Dit leidt tot verontwaardigde reacties uit de zaal. De één verwijst naar een arrest van de Hoge Raad en de ander naar een belangrijk internationaal verdrag en weer een ander spreekt zijn zorgen uit over de toekomst van de rechtsstaat, maar het wordt al snel duidelijk dat het forum allerm minst is overtuigd. Niet

lang daarna sluit de voorzitter het congres en be-geven de juristen en politici zich schouderophalend naar de borrel.

Deze kleine anekdote staat model voor veel confrontaties tussen recht en politiek. Vaak wordt hierbij ge-keken naar de rol van politici, maar in deze bijdrage ben ik vooral geïnteresseerd in de rol van juristen.

## RECHT IN DE RAMSJ

De verhouding tussen recht en politiek staat centraal in Van der Heijden's boekje *Het recht in de ramsj*.<sup>2</sup> Volgens hem maken vooraanstaande politici zich schuldig aan de 'verramsing van het recht'. 'Recht is aan het verworden van een eersterangs merkartikel in de etalage van de rechtsstaat tot een stapel boeken die alleen nog in de ramsj tegen lage prijzen te verkrijgen is.' (p. 9) Van der Heijden verklaart dit verschijnsel in termen van een *gezagscrisis*. In een hoofdstuk met als motto 'Wie is er de baas?' stelt hij dat het primaat van de politiek altijd onderworpen moet zijn aan het primaat van het recht. Maar 'het belang van het recht [heeft] zich helaas onvoldoende vastgezet in de hoofden van toonaangevende politici. Er is sprake van een patroon van onwil.' (p. 60) Elders noemt hij dit 'bestuurlijke ongehoorzaamheid'.<sup>3</sup>

2. Paul F. van der Heijden, *Het recht in de ramsj: openbaar bestuur op de stoel van de rechter*. Amsterdam: Balans 1999.

3. P.F. van der Heijden, 'De rechter en bestuurlijke ongehoorzaamheid', NJB 1999, p. 11.

## *Verwijzingen naar een recent arrest, de Grondwet of de rechtsstaat kunnen door een niet-juridisch publiek gemakkelijk worden opgevat als onwrikbare dogma's*

### OVERTUIGINGSCRISIS

Anno 2008 is de probleemstelling van Van der Heijden nog steeds actueel, maar is zijn analyse inmiddels achterhaald. De laatste jaren lijkt de betekenis van het recht in de politiek nog verder afgenomen en is openlijke kritiek op het recht aan de orde van de dag. Maar meer dan tien jaar geleden valt op dat deze kritiek niet beperkt blijft tot enkele politici, maar zich inmiddels ook heeft uitgebreid tot veel 'gewone' burgers. Van der Heijden kon in 1999 nog tevreden vaststellen dat in ons land het oordeel van de rechter onomstreden is. Maar gezien het maatschappelijke rumoer rond bijvoorbeeld de Schiedammer Parkmoord, de Deventer moordzaak en de zaak Lucia de B. moet dit beeld – op z'n zachtst gezegd – worden bijgesteld. Empirisch onderzoek laat bovendien zien dat het hierbij niet gaat om incidenten, maar dat de legitimiteit van het recht door veel Nederlanders – in meer of mindere mate – wordt betwist. Er is, met andere woorden, geen sprake van een gezagscrisis, maar van een brede *overtuigingscrisis* van het recht.

### HOREN, ZIEN EN ZWIJGEN

Bij een gezagscrisis ligt de oorzaak bij de ander (bijvoorbeeld bij recalcitrante politici), maar bij een overtuigingscrisis moet de oorzaak ook worden gezocht bij juristen zelf. Zij slagen er kennelijk onvoldoende in anderen te overtuigen van de waarde van het recht. Terugkijkend op enkele confrontaties tussen recht en politiek uit het recente verleden – zoals de kritiek van de Tweede Kamerfractie van de LPF op de samenstelling van de rechtbank in de strafzaak tegen Volkert van der G.<sup>4</sup> of de ingezonden brief van een aantal strafrechtgeleerden aan minister Donner<sup>5</sup> – lijkt het soms wel dat juristen eerder gericht zijn op het veroordelen dan op het overtuigen van hun politieke critici. Deze opstelling valt nog het beste te omschrijven als: horen, zien en zwijgen.

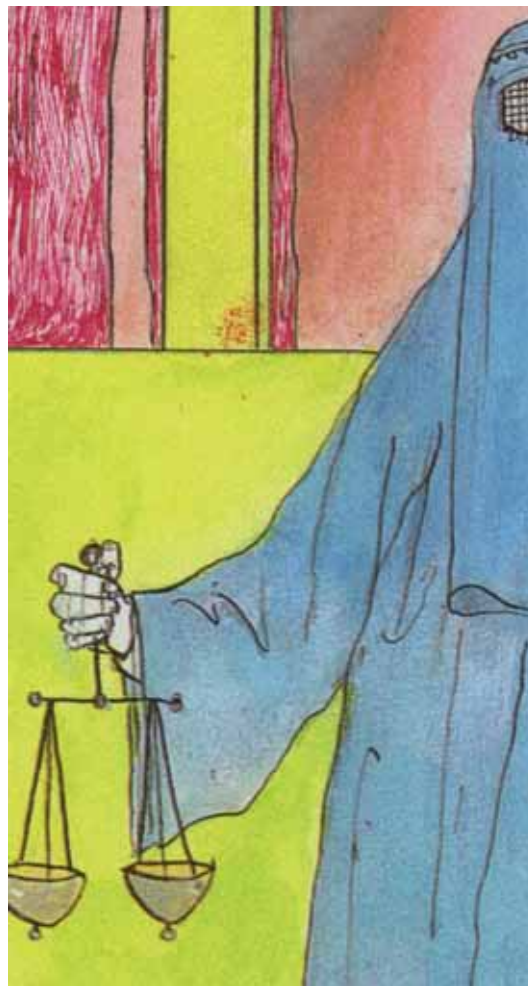
Een eerste reactie is vaak dat elke kritiek eigenlijk 'niet hoort' en vervolgens worden de bestaande juridische procedures nog eens uitgelegd. Maar op de inhoud van de kritiek – bijvoorbeeld dat in ons land de aanwijzing van de rechter in een concrete strafzaak niet goed is geregeld, of dat het strafrecht in de praktijk ook bruikbaar moet zijn – wordt nauwelijks ingegaan.

Daarnaast wordt gretig gebruikgemaakt van autori-

teitsargumenten. De wet of een internationaal verdrag schrijven dit 'nu eenmaal' voor en de Hoge Raad zegt het ook. Veel juristen vertellen er echter niet bij waarom dit – in hun ogen – zulke belangrijke argumenten zijn. Verwijzingen naar een recent arrest, de Grondwet of de rechtsstaat kunnen dan door een niet-juridisch publiek gemakkelijk worden opgevat als onwrikbare dogma's.

### CONCLUSIE

Van der Heijden benadrukt de 'samenklevende kracht' van het recht. Maar deze staat niet alleen onder druk door politici, maar ook door de opstelling van vertegenwoordigers van het recht zelf, zoals rechters, advocaten en andere juristen. Als op de groeiende kritiek op het recht louter defensief wordt gereageerd, dan zullen politici, bestuurders maar ook veel gewone burgers waarschijnlijk nog verder vervreemden van het recht. De overtuigingscrisis van het recht kan alleen worden bezworen als kritische maatschappelijke geluiden – zoals die onder andere worden verwoord door politici – serieus worden genomen. Minder 'verramsing van het recht' vergt, met andere woorden, ook minder 'verramsing van de politiek'. ■



4. C. Kelk, 'Kamerleden moeten zich niet met de rechtspraak bemoeien,' NRC Handelsblad 8 augustus 2002, p. 7.

5. 'Open brief aan de minister van justitie', NJB 2002, p. 1609.

# EEN WEERMAN GAAT – KOMT EEN AL GORE TERUG?

1. Antoine Jacobs is  
hoogleraar sociaal  
recht en sociale  
politiek aan de  
Universiteit van  
Tilburg en oud-  
medewerker van dit  
blad.

670 Prof. dr. A.T.J.M. Jacobs<sup>1</sup>

Op de Italiaanse TV wordt elke dag het weer voorspeld door een ingetogen kijkende man in vol militair ornaat. Kennelijk hebben Italianen die ernst nodig om vertrouwen te kunnen stellen in dit soort berichtgeving. In Nederland wordt het weer in de media gebracht door snoezig geklede dames of een in regionaal dialect sprekende baardmans. Het weer in arbeidsrechtelijke sferen is ten onzent ruim vijftien jaar lang in accentvrij Nederlands uitgelegd door een knap uitzierende man, onberispelijk in het pak, met een pietsje linkse uitstraling. Zo hebben wij dat graag. Dat wekt vertrouwen in de betrouwbaarheid van de voorspelling van het weer op arbeidsrechtelijk gebied. Van de vele geschriften van Paul van der Heijden brengt ongetwijfeld zijn boekje 'Westenwind' (Amsterdam: Balans 2004) deze rol van weerman het beste tot uitdrukking. In dit geschrift legt Van der Heijden nog eens haarfijn uit hoe de aandeelhouders steeds meer macht krijgen en ondernemingsraden er maar zelden in slagen een vuist te maken. Het evenwicht tussen kapitaal en arbeid raakt steeds verder verstoord. 'De wind waait uit het westen', zo analyseerde Van der Heijden dit verschijnsel. Zaken die in de Angelsaksische landen heel gewoon zijn, doen steeds meer hun intrede in Nederland. 'De Westenwind die de macht van de aandeelhouders aanvoert, blaast hard en zal in Nederland grote gevolgen hebben voor de positie van werknemers en op hun invloed in het bedrijfsleven.' In een tekst uit november 2007<sup>2</sup> legde Van der Heijden nog eens nader uit, hoe dit allemaal komt: 'Voor wat betreft de medezeggenschap in deze dynamische wereld kunnen we niet meer toe met de in de jaren zeventig in essentie bedachte regels. Waar de wereld van de arbeid internationaliseert en globaliseert moet dat ook meer voor de medezeggenschap gaan gelden.' Wie zou het niet aannemen uit de mond van deze gezaghebbende weerman, die zelf als commissaris van Nuon en ING van binnenuit kan gadeslaan hoe de hazen lopen?

De rol van een deskundige weerman is beperkt. Hém

valt het immers niet te verwijten, wanneer het weer slechter wordt en sombere wolken zich samen pakken. Hoogovens, KLM, ABNAMRO, Stork, Hagemeyer, het ene na het andere bedrijf wordt door de macht van de aandeelhouders versjacherd zonder dat de werknemers er iets aan kunnen doen. Maar aan de weerman ligt het niet. Hij hoeft aan een angstig of vraaglustig publiek alleen maar uitleg en antwoorden te geven.

'Paul van der Heijden lijkt zich bij de onvermijdelijkheid van deze ontwikkeling neer te leggen', zo recenseerde Paul de Beer heel puntig Van der Heijden's boekje Westenwind.<sup>3</sup> En zo ken ik Paul ook uit de discussies die ik door de jaren heen met hem mocht hebben. Hij zag bijvoorbeeld niet hoe je in deze door marktkrachten gedreven wereld topinkomens kunt beheersen. En toen ik hem eens wees op het politieke vedergewicht van een overigens technisch prima proefschrift van een van zijn promovendi reageerde hij: zo wilde zij het ook. Maar je kon hem en mij zien denken dat de promotor dat ook wel best had gevonden! De weerman wordt er niet betrouwbaarder op, wanneer hij zelf de zuidwester opzet en zich tegen de Westenwind gaat richten. Hij zou eens voor een Don Quichotte versleten kunnen worden!

Tsja, maar misschien ook wel voor een Al Gore! Die gooide, eenmaal in de politieke woestijn beland, de gènes van zich af en begon een kruistocht tegen de klimaatveranderingen, zoals Amerikanen dat kunnen. We can change! We berusten niet bij een analyse, verklaring en voorspelling der dingen, maar we gaan de barricades op, om ons te verzetten tegen wat we zien gebeuren. We can change! We kunnen de uitholling van de medezeggenschap, de verstoring van het evenwicht van kapitaal en arbeid tegengaan. We kunnen ons, bijvoorbeeld nu in Brussel een wijziging van de Richtlijn Europese Ondernemingsraden op de agenda staat, actief gaan inzetten om deze ondernemingsraden echte bevoegdheden te geven en sancties tegen miskenning ervan.<sup>4</sup>

Juist Paul van der Heijden kan als een Nederlandse Al Gore de publiciteit gaan zoeken om Jan en alleman op die toer te krijgen: de vakbonden tot strijdbaarheid stimuleren, de werkgevers uitdagen, de Nederlandse regering onder druk zetten, alle kandidaten, die in mei 2009 gekozen willen worden als lid van het Europese

2. NJB 2007, 2163, p. 2665.

3. S & D 2005, jrg. 62, nr. 7/8, p. 85-87.

4. De mogelijkheden en moeilijkheden daarvan zet ik nader uiteen in een binnenkort te verschijnen artikel.

*We can  
change!*

Parlement, op deze agenda zien te krijgen. Hij heeft er het gezag voor, in Nederland als nr. 45 op de Volkskrantlijst van invloedrijkste Nederlanders in 2007. In het buitenland als Voorzitter van de IAO Commissie Vakbondsrechten. Als Van der Heijden met die campagne Italië zou aandoen, kan hij daar ook genezen raken van de vrees dat topinkomens in een vrije arbeidsmarkt niet te beheersen vallen. De Regering-Prodi heeft per 1 januari 2008 een wettelijk plafond

op de salarissen van de managers van de staatsbedrijven tot stand gebracht. Misschien zou Paul van der Heijden dat beetje zuidenwind naar Nederland kunnen meebrengen.

Kortom, een weerman gaat, maar waarom zou er niet een Al Gore terugkomen? Of moet je daarvoor eerst in de politieke woestijn beland zijn in plaats van op het pluche van een Rector Magnificus? ■

# ARBEIDSRECHT EN SOCIALE RECHTSVORMING

Een verlaat eerbetoon aan de Wet CAO en de Wet AVV

1. Corjo Jansen is hoogleraar rechts-geschiedenis aan de Radboud Universiteit Nijmegen en aan de Universiteit van Amsterdam. Hij is medewerker van dit blad.

671 Prof. dr. mr. C.J.H. Jansen<sup>1</sup>

Paul van der Heijden heeft samen met Frits Noordam in 2001 een preadvies voor de NJV geschreven over de waarde(n) van het sociaal recht. Zij signaleren dat het garanderen van bestaanszekerheid aan individuele burgers en het sociaal ordenen van de samenleving belangrijke uitgangspunten waren bij de juridische opbouw van de verzorgingsstaat. Zij spreken over sociale rechtsvorming. Vervolgens formuleren Van der Heijden en Noordam de hypothese dat de wetgever de afgelopen decennia weinig lijn heeft weten aan te brengen in de sociale rechtsvorming. 'Politieke opportuniteit en politieke rationaliteit krijgen dikwijls de voorrang boven juridische en waardenrationaliteit. Die zitten als het ware in de tang van de politiek.'<sup>2</sup> Volgens Van der Heijden en Noordam beantwoorden oude sociaalrechtelijke wetten dus wel aan het ideaal van sociale rechtsvorming. Ik ga dit na voor twee wetten, die in 2007 tachtig respectievelijk zeventig jaar van kracht waren: de Wet op de Collectieve Arbeidsovereenkomst (Wet CAO) en de Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van cao's (Wet AVV).<sup>3</sup>

Ik begin bij het begin. De nieuwe eeuw, de twintigste, zou er een worden van voorspoed en vooruitgang voor iedereen, ook voor de arbeider. Hij merkte daarvan in die tijd nog niet veel. Zijn werkdagen waren zo zwart als de ziel van Judas. Hij was niet in staat een billijk loon of een billijke arbeidstijd te bedingen. De arbeider stond er echter niet langer alleen voor. De periode van de moderne vakorganisatie was aangebroken. Dit betekende voor hem niet direct roze(n)geur en mane(n)schijn. Strijd, bittere strijd heeft het ontstaan van de vakverenigingen van arbeiders begeleid, zowel onderling als tegen de werkgevers.<sup>4</sup> De wil van de werkgever was evenwel niet langer wet (vgl. art. 1374 lid 1 OBW). De verhouding tussen de privaatrechtelijke kernwaarden contractsvrijheid en sociale rechtvaardigheid of solidariteit behoefde herijking. Dit werd bemoeilijkt, doordat de individuele arbeider en werkgever meer en meer plaatsmaakten voor collectiviteiten. Collectieve verschijnselen waren lastig in het privaatrecht in te passen. Het uitgangspunt van het Burgerlijk Wetboek van 1838 was het contract, in vrijheid en gelijkheid aangegaan door twee gelijkwaardige natuurlijke personen. Het recht kreeg te maken met vakbonden en (verenigingen van) werkgevers, die niet voor zichzelf contracteerden. Hoe raakte hun leden aan de cao gebonden? Dit probleem was overigens niet typisch iets voor het arbeidsrecht. Het speelde bijvoorbeeld ook in het geval van contracten tussen bonden van huurders en die van verhuurders en over-

2. P.F. van der Heijden en F.M. Noordam, 'De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking', in: *HNJV 2001-I*, p. 3-4.

3. Wet van 24 december 1927, in werking getreden op 1 september 1928 respectievelijk Wet van 25 mei 1937, in werking getreden op 1 oktober 1937.

4. A.N. Molenaar, *Arbeidsrecht I*, Zwolle 1953, p. 663.



eenkomsten tussen fabrikanten- en grossiersverenigingen met betrekking tot leveringsvoorwaarden. Hoe was de gebondenheid van hun leden te construeren?<sup>5</sup> Het antwoord kwam van een aantal sociaal bewogen juristen (Drucker, Molengraaff, Meijers), die een duidelijke rechtspolitieke visie hadden en zelf als wetgever optraden. Teleurstellingen bleven hen niet bespaard. De politieke realiteit bleek weerbarstig. Zij beseften echter dat het recht gelijke tred moest houden met de maatschappelijke inzichten en ontwikkelingen. De sociale kwestie was een rechtskwestie. Zij lieten zich leiden door een motto van Otto von Gierke (1841-1921): 'unser Privatrecht soll sozial sein oder es soll nicht sein'. Het is vanuit dit gezichtspunt dat zij het gehele burgerlijke recht, inclusief de cao en de avv, wensten te regelen. De cao was dus geen allerbedenklijkst juridisch experiment, maar in de maatschappij levend recht, dat om wettelijke erkenning vroeg.

De Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 kwam voor de cao te vroeg. Dat was niet zo verwonderlijk. Pas in 1903 was in Nederland het eerste artikel verschenen over deze figuur. De cao kwam bovendien slechts op bescheiden schaal voor.<sup>6</sup> Artikel 1637n bevatte een bepaling van wat een cao is en regelde slechts één rechtsgevolg, namelijk vernietigbaarheid van een beding tussen werkgever en werknemer, dat in strijd kwam met hun cao. Hoe teleurstellend kort artikel 1637n ook was, Nederland was een van de eerste landen in Europa, die de cao wettelijk erkende.

De cao voldeed in de praktijk. Zij bracht bestaanszekerheid en compenseerde de economische afhankelijkke werknemer. Deze waarden waren het kompas voor de wetgever, die onder meer vanwege de complexiteit van de cao-figuur koos voor een afzonderlijke, civielrechtelijke wet boven de invoeging van een aantal artikelen in het BW. Communisten en een enkele socialist hadden bezwaren tegen de Wet CAO. Zij wezen op het gevaar dat de wet het vuur van de klassenstrijd zou doven. De staatkundig-gereformeerden zagen in de versterking van de vakbeweging een afkalving van de vrijheid van de individuele arbeider. De Wet CAO werd in 1927 van kracht. Artikel 9 maakte alle theorieën over de binding van de leden van de contracterende partijen overbodig. De grondslag van die binding volgde uit genoemde bepaling. Het probleem, waarvoor collectiviteiten het arbeidsrecht hadden geplaatst, was daarmee uit de wereld. Contractsvrijheid kwam in een hernieuwde verhouding te staan ten opzichte van de sociale rechtvaardigheid. De wet uit 1927 is een succes: zij geldt nog steeds in 2008.

De Wet AVV volgde in 1937. Ideologische discussies, met name over de wenselijkheid van invoering van een publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie, hebben haar invoering tien jaar opgehouden. Politici vreesden dat de Wet AVV het begin van een in socialistische richting gaande wijziging van het economische leven zou zijn. De doorbraak kwam doordat op een ander, maar verwant gebied een regeling inzake het algemeen verbindend verklaren van overeenkomsten tot stand was

gekomen: de Wet van 24 mei 1935 op het algemeen verbindend- en het onverbindend verklaren van ondernemersovereenkomsten. Aan de invoering van de avv lag onder meer ten grondslag dat zij het middel was om de cao uit te breiden tot allen, die krachtens hun sociaal-economische positie tot haar invloedssfeer behoorden. De avv versterkte bovendien hetgeen de sociale partners in de maatschappij zelf tot stand brachten.<sup>7</sup> De Wet AVV is evenals de Wet CAO nog steeds levend recht. Opnieuw overwon in 1937 rationele juristerij politieke (on)wenselijkheden en (on)mogelijkheden en vonden contractsvrijheid en sociale rechtvaardigheid een acceptabel evenwicht. Van der Heijdens en Noordams hypothese lijkt bevestigd te worden in het geval van de Wet CAO en Wet AVV.

## *Veel dingen in het burgerlijk recht zijn aanvaard in strijd met de ratio maar in overeenstemming met het algemeen belang*

De beginselen, waarop de wetgever bij de totstandkoming van de wetten in 1927 en 1937 koerste, droegen de kiemen voor een lang leven in zich. Zij waren het resultaat van de balans, die was gevonden tussen privaatautonomie (contractsvrijheid) en solidariteit (sociale rechtvaardigheid). Het recht had de politici in de tang genomen en niet andersom. Politieke opportuniteit was niet een dwangbuis voor juridische rationaliteit, hoewel de spanning tussen deze twee telkens voelbaar is. Die spanning is echter inherent aan ons systeem. De Romeinse jurist Salvius Julianus zei het al: met talloze voorbeelden kan worden aangetoond dat veel dingen in het burgerlijk recht zijn aanvaard in strijd met de *ratio* maar in overeenstemming met het algemeen belang.<sup>8</sup> ■

5. P.W. Kamphuisen, *De collectieve en de individuele arbeidsovereenkomst*, Leiden 1957, p. 6.

6. J.H. van Zanten, 'De zoogenaamde Collectieve Arbeidsovereenkomst', in: *Rechtsgeleerd Magazijn* 1903, p. 447 e.v.; T. van Peijpe, *De ontwikkeling van het loonvormingsrecht*, Nijmegen 1985, p. 112.

7. S. Mok, *Het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (diss.)*, 1939, p. 18, 40.

8. D. 9,2,51,2. *Multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest.*

# TUSSENSTOF TUSSEN RECHT EN POLITIEK

1. Ulli d'Oliveira is oud-hoogleraar migratierecht aan de UvA en oud-redacteur van dit blad.

672

*Prof. mr. H.U. Jessurun d'Oliveira<sup>1</sup>*

Is recht een aggregatietoestand van dominante politiek? Kan politiek tot recht stollen? Ja maar. Je hebt recht, procedureregels nodig om politiek tot recht te transformeren. Daar ontstaan 'kip-en-ei kwesties'. Magie, en het wonder van de voortplanting, of de transsubstantiatie, dat is allemaal te zwaar voor een korte overpeinzing. Liever niet aan beginnen.

Eerder een poging doen om het omslagpunt te betrappen waar de metamorfose van politiek tot recht op een van de talloze ontmoetingsvelden haar beslag krijgt: de invloed van advies- en lobbyclubs op het wetgevingsproces. Het wemelt van officiële adviesorganen die het recht hebben of zelfs de verplichting om hun opvatting over voornemens tot wetgeving te ventileren: de SER (waar Paul van der Heijden als (plv) kroonlid alles van afweet), de Raad van State natuurlijk, maar ook veel minder bekende instanties zoals de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht, die al sinds 110 jaar haar werk verricht en waarvan ik ongeveer een kwart heb meegemaakt. Al deze adviesorganen hebben een meer of minder gekleurde politieke inslag, al proberen de meeste met meer of minder succes ook wel een zekere afstand tot het politieke proces te bewaren of hun nabijheid te maskeren. Wat de materie betreft, is het vaak, maar lang niet altijd, zo dat een sterk gedragen advies overgenomen wordt in voorgenomen wetgeving. Het advies kan dan gezien worden als informele wetgeving waar dan wel nog een formeel stempel door regering en parlement op moet worden gezet, maar dat au fond naar zijn inhoud al beklonken is. Soms zelfs wordt het advies gegoten in de vorm van een ontwerp van wetgeving, compleet met een concept memorie van toelichting. Er ontstaat dan een limbo-wetgeving, die wel niet door het officiële productieproces is voortgebracht, maar wel als wetgeving of op zijn minst als recht werkt.

Een voorbeeld is het advies van de staatscommissie voor het IPR over het geregistreerd partnerschap dat in mei 1998 is uitgebracht en dat tot het inwerking treden van de Wet Conflictenrecht Geregistreerd Partnerschap per 1 januari 2005 met instemming van het

ministerie in de praktijk als recht is toegepast (zie MvT 28 924). Het advies heeft aldus zeven jaar een lacune gevuld en de status van recht bezeten, gekleed in een haast niet van echt te onderscheiden wetgevingsmantel. Het advies blijft bovendien, aldus de MvT, zijn waarde behouden voor theorie en praktijk onder de nieuwe wet, die immers afgezien van haar vereenvoudigde structuur als twee druppels water op het advies lijkt. Als voorzitter van de subcommissie die de staatscommissie het ontwerpadvies aanleverde heb ik me altijd een beetje wetgever gevoeld.

Elke burger is een getrapte wetgever; hij kiest immers zijn vertegenwoordigers in de organen die wetgeving voortbrengen. Zijn rol in dit proces is nominaal en vrijwel symbolisch. Als een burger behoefte heeft aan sterkere invloed, dan kan hij trachten de publieke opinie te beïnvloeden door het manifesteren van zijn opinies in de media, en hij kan ook rechtstreeks aan het lobbyen slaan bij zijn vertegenwoordigers, meestal met bundeling van krachten van gelijkgezinden en hun organisaties. Actief burgerschap is dan aan de orde, dat vele malen krachtiger is dan de rituele handeling in de stembokjes.

De werkelijkheid is wel geschakeerder. De overheid schept soms zijn eigen critici door het subsidiëren, en daarmee ook weer enigszins controleren, van organisaties die tegenspel moeten bieden. Ik denk uit mijn eigen praktijk aan de Stichting Reinwater, die door verschillende ministeries werd gesubsidieerd om onder meer zoveel lawaai te maken dat de Nederlandse positie in internationale onderhandelingen over de vermindering van de vervuiling van de Rijn kon opschuiven en sterker over het voetlicht kon worden gebracht.

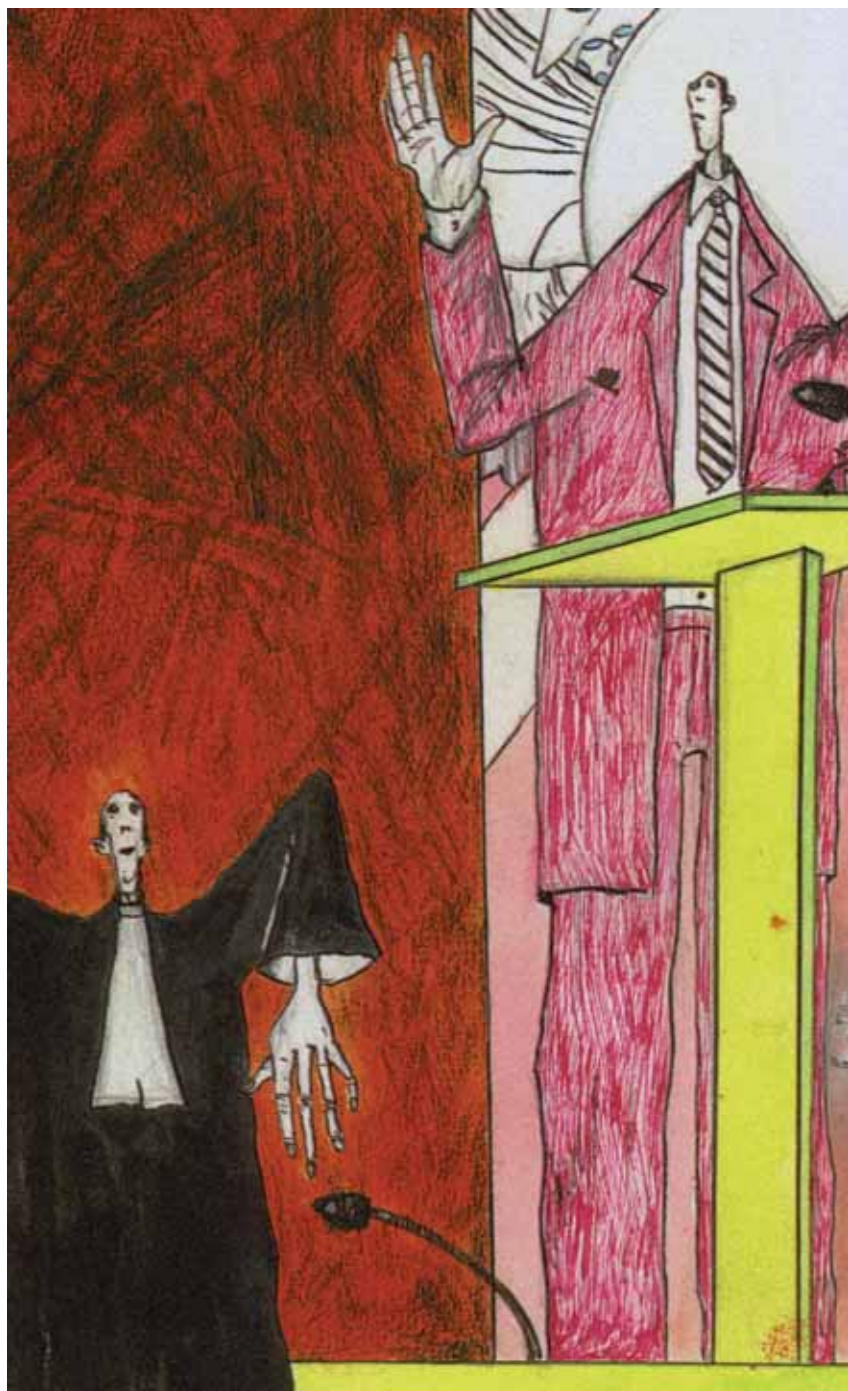
Een ander voorbeeld is het onderhouden van organisaties als het Nederlands Centrum Buitenlanders en het daaruit voortgekomen Forum om het beleid ten aanzien van migratievraagstukken kritisch begeleid te zien, niet zonder enige repressieve tolerantie. Vijfentwintig jaar geleden bestond er in dat NCB een werkgroep Knelpunten etnische minderheden, gesub-

*Kan politiek tot recht stollen?*

sidieerd door het toenmalige CRM, waarvan een subgroep Nationaliteitsrecht zich ging bezighouden met het nieuwe nationaliteitsrecht waarover in 1981 een voorontwerp was openbaar gemaakt. Van die subgroep maakten onder andere deel uit de latere professor Pieter Boeles (oud-secretaris van het *NJB* en advocaat), Hans van Loon, de huidige secretaris-generaal van de Haagse Conferentie voor de eenmaking van het internationaal privaatrecht, Arjen Kruyt, juridisch medewerker van het NCB, tegenwoordig wethouder in Amersfoort, en mijn persoon. We vergaderden meestal op het inmiddels opgedoekte Centrum voor Buitenlands Recht en IPR aan de UVA en brachten in februari 1983 een rapport uit, dat aan ministerie en parlement werd toegezonden.

Arjen Kruyt, altijd drijvende kracht, organiseerde de follow-up. Samen met mij stelde hij een groot aantal amendementen op het intussen ingediende wetsvoorstel op voorzien van een korte toelichting zoals in het wetgevingsproces gebruikelijk. Gewapend met deze amendementen gingen wij getweeën de parlementaire boer op en ventten wij onze voorstellen bij de woordvoerders van een aantal politieke partijen uit. Inderdaad wisten wij een aantal van onze amendementen aan de man te brengen, zowel bij links als bij rechts. Nu ging het erom te zorgen dat de Kamerleden ook voet bij stuk hielden in het parlementaire debat. Een UCV was uitgeschreven waarin het grote bak- en braadwerk voor de nieuwe nationaliteitswet zou plaatsvinden. Kruyt en ik zaten op de publieke tribune en hielden het debat met staatssecretaris Korte-van Hemel scherp in de gaten. De staatssecretaris had haar ambtenaren om haar overeind te houden, de Kamerleden hadden ons beiden. Briefjes schoten alle kanten op, gebracht door behulpzame bodes.

Zo ging er ook een briefje naar het Kamerlid (en latere minister) Benk Korthals over de evergreen van de meervoudige nationaliteit, waar dit VVD-lid meer oren naar had dan de staatssecretaris. Toen mevrouw Korte-van Hemel haar antwoord gaf op een interventie van Korthals zat ik op de publieke tribune ostentatief met mijn hoofd te schudden. Daarop richtte de staatssecretaris zich opeens rechtstreeks tot mij en zei: 'Jawel meneer d'Oliveira, dat is wel degelijk het geval.' Op dat moment werd duidelijk dat het NCB de eigenlijke speler in het debat was geworden. De voorzitter van de UCV, Ien Cornelissen (KVP) had dat meteen in de gaten. Zij gaf onmiddellijk opdracht deze passage uit de handelingen te schrappen: 'Meneer d'Oliveira is hier helemaal niet aanwezig.' Zo werd het parlementaire wetgevingsproces officieel geschoond van in feite



wel aanwezige invloed van een stevige lobby waarzonder de Rijkswet op het Nederlanderschap van 1984 er anders had uitgezien. Op dat magische moment werd het lood van de politieke lobby in het goud van de wet veranderd. Een moment van betovering dat mij altijd is bijgebleven. ■

# ENIGE POST-MONTESQUIEUSE OVERPEINZINGEN OVER POLITIEK EN STRAFRECHT

1. Constantijn Kelk is  
hoogleraar  
straf(proces)recht  
aan de Universiteit  
Utrecht en oud-  
medewerker van dit  
blad.

673 Prof. mr. C. Kelk<sup>1</sup>

De nieuwe uitgave 'Over de geest van de wetten'<sup>2</sup> prijkt in alle boekhandeletalages. Kennelijk is deze populair. In Montesquieu's keuken dienden zowel wetgeving als rechtspraak zonder enige politieke (bij)smaak te worden bereid. Lange tijd bleef dit het recept, zeker op het terrein van het strafrecht dat zich met zijn metafysisch vergeldingsbegrip en zijn – door Beccaria vernuftig uitgedachte – klassieke beginselen van legaliteit, schuld en strafproportionaliteit een nogal steriel universum schiep.

Gaandeweg heeft het strafrecht meer maatschappelijke smaak en oriëntatie gekregen, vooral na de tweede wereldoorlog. Tevens was het besef dat noch strafwetgever noch strafrechter zich geheel buiten de politiek zouden kunnen en moeten houden bescheiden aan het doordringen tot de kringen van de strafrechtsbeoefening. Zo omschreef Melai in 1968 de wetgeving naar eigentijdse opvattingen als een menselijke uitspraak op basis van 'mede door tijd en plaats bepaalde uiteenlopende – steeds voor wijziging vatbare – ervaringsoordelen'.<sup>3</sup>

De vermaatschappelijking van het strafrecht werd nog extra gekleurd door de democratiseringsbewegingen van de jaren zestig en zeventig van de vorige eeuw. Tal van bestaande instituties en gevestigde machtsverhoudingen werden daarbij als te antiek en te onrechtvaardig afgewezen.

Daarmee gingen onvermijdelijk protestacties en conflicten gepaard. Voor zover deze bij de strafrechter terecht kwamen, werden de repressieve reacties daarop als star-autoritair en dus als bevestiging van verkalkte maatschappelijke verhoudingen gezien. Het *Amsterdamse Maagdenhuis*-proces van 1968, waarbij het ging om de al dan niet wederrechtelijke (en dus straf-

bare) bezetting van het Maagdenhuis door studenten die daarmee hadden beoogd een democratiseringsprogramma in het academisch onderwijs af te dwingen, was hiervan een eerste exponent. Dit was wezenlijk een politieke strafzaak,<sup>4</sup> dat wil zeggen uitsluitend politieke motieven hadden de bezettende studenten voor ogen gehad. Dit politieke aspect alleen al bracht zoveel commotie bij de (gevestigde) advocatuur teweeg dat een aantal jonge advocaten van hun kantoor – uit vrees voor de eigen reputatie – een verbod kreeg opgelegd om aan de verdediging deel te nemen. De onafhankelijkheid van de advocatuur was ten eerste in het geding, maar niettemin was van de Balie de reactie hierop zeer voorzichtig. Dit turbulente proces is hoe dan ook leerzaam geweest.

Ook daarop volgende bezettingen van publieke instellingen voor een vergelijkbaar doel leidden gemeenlijk tot vervolgingen en veroordelingen wegens lokaalvredebreuk. Maar tegelijkertijd waren er in de rechtspraak bescheiden tekenen van erkenning van politieke implicaties waarneembaar. Zo werd in verschillende processen door de feitenrechter een beroep op de afwezigheid van de (materiële) wederrechtelijkheid gehonoreerd, soms met een verwijzing naar de 'burgerlijke ongehoorzaamheid' (zoals door de Rechtbank Den Haag in de zaak van het Leidse MOB in 1972). Dezelfde rechtbank deed dit ook al in 1971 in de zaak van de Sosjale Joenit, betreffende de onttrekking van een minderjarige aan het ouderlijk gezag door alternatieve hulpverleners in het belang van een adequatere hulpverlening aan de minderjarige zelf, waarbij een eigenzinnige interpretatie aan het begrip wederrechtelijkheid werd gegeven. De politieke zone werd betreden, hetgeen naderhand resulteerde in een aanvulling op het verbod van artikel 280 Sr met de mogelijkheid van een bijzondere strafuitsluitingsgrond.

Ch.J. Enschedé, trouw aanhanger van de scheiding der machten, schreef in zijn cahier 'Strafrecht en politiek' dat de praktijk van het strafrecht niet meer zonder de maatschappelijke begeleiding van soms zeer kritische journalisten denkbaar was. Hij voorzag dat het jus-

2. Amsterdam: Boom 2006.

3. A.L. Melai, *Het gezag van norm en feit in strafzaken*, Gouda Quint 1968, resp. p. 19 en p. 26-27.

4. Zie hierover: Ties Prakken, *Rechtshulp en juridies aktivisme (diss. UU)*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1985, p. 149-153.



## *Over concrete strafzaken kan iedereen zijn duit in het zakje doen ongeacht diens kennis daarvan*

titiële apparaat meer dan vroeger voor de noodzaak kwam te staan niet alleen zijn beslissingen, maar ook – meer in het algemeen – zijn beleid, zijn policy, te verantwoorden: 'is het daartoe niet in staat, dan geraakt men gaandeweg in wat men een justitiële crisis kan noemen', in welk verband zijns inziens de kwestie van de verhouding tussen politiek en rechtspleging bepaald urgent zou worden.<sup>5</sup>

Het thema rechter en politiek is sedertdien uit de ta-boesfeer geraakt en meer dan eens in de juridische kring bediscussieerd. Zo droeg het zesde lustrum van de Utrechtse Jonge Balie in 1977 dit thema als naam.<sup>6</sup>

Frappant was de verbinding die met de kritischer wordende journalistiek werd gelegd. Intussen is de schrijvende pers van weleer opgegaan in een wijdvertakte veelvormige mediawereld. Daarin heeft de stem van de publieke opinie totaal nieuwe dimensies aangenomen. Misdaad en strafrecht(spleging) zijn immers in alle toonaarden voorwerp van beeld en gesprek geworden, niet alleen in fora van journalisten, politici, strafrechtspractici, theoretici en burgers, maar ook zelfs in amusementsprogramma's. Zeer onlangs gooide een ex-verdachte een glas wijn leeg in het gezicht van een hem onwelgezinde misdaadverslaggever, vlak na een tv-talkshow over de betreffende zaak. Het is duidelijk: iedereen kan zijn duit in het zakje doen zelfs over concrete strafzaken ongeacht diens kennis daarvan. Het gevaar echter dat pure speculatie en suggestie al te lichtvaardige beelden en gedachten over de schuld en de verdiende straf zullen doen ontstaan, ligt dan natuurlijk op de loer. Dit strookt immers geheel met het door velen gewenste repressievere strafrecht uit vrees voor een onveiligere wordende samenleving.

Onvermijdelijk zet dit de onafhankelijke rechter nogal eens onder druk.

De professionele standaard echter die voor de politicus heeft te gelden, is die van de grootst mogelijke terughoudendheid in het zich uitspreken over strafzaken, zeker als deze nog sub iudice zijn. Uitermate terecht heeft de rechtbank in de zaak Holleeder bij de opgelegde strafmaat van negen jaar het feit verdisconteerd dat een Tweede Kamerlid, bovendien gefungeerd hebbend als officier van justitie in de aanvang van deze zelfde zaak, zich publiekelijk over de schuld van de verdachte heeft uitgesproken.

Het betrokken Kamerlid verklaarde naderhand hiervan 'geleerd' te hebben (hopelijk dat legislatie en crime-fighting zeer verschillende functies zijn). Maar ook in het algemeen worden ook door parlementariërs te pas en te onpas oordelen gedebiteerd over 'de' straftoemeting in Nederland, 'het te milde straffklimaat', de

noodzaak van wetswijzigingen over strafmaxima en in te voeren strafminima, de 'misstand' dat taakstraffen voor ernstige misdrijven worden opgelegd tegen de bedoeling van de wetgever in, dit alles zonder zich kennelijk te realiseren dat alleen de rechter kennis draagt van alle specifieke data en achtergronden van het geval. Zo zijn er immers zeer verschillende gradaties van zwaarte en gewelddadigheid binnen de ernstiger soorten misdrijven te onderscheiden. De casuïstiek is nu eenmaal uitermate divers, al is de naam van het misdrijf hetzelfde. Uiteindelijk is in ons strafrechtelijk systeem de strafmaat het aangewezen middel om het niet aannemelijk geworden strafuitsluitingsgronden toch ten dele te honoreren en om andersoortige strafverzachtende omstandigheden tot uitdrukking te brengen. Zo ontstaat een genuanceerde mogelijkheid om aan het spanningsveld van de onderliggende feiten optimaal recht te doen.

Wie voorts als politicus meent met nieuwe strafwetten voortdurend alle ongenoegen onder slachtoffers, het publiek, de gemeenschap van incident tot incident, hoe afschuwelijk soms op zichzelf ook, weg te kunnen nemen zet het vertrouwen dat de rechter behoeft te gemakkelijk op de tocht. Toen het hof onlangs op duidelijke gronden geen organisatie met een terroristisch oogmerk zag in de werkwijze van de Hofstad-groep werd ook van de zijde van politici onmiddellijk voor een verdere voorbereiding van de betreffende strafbepaling gepleit, terwijl ons strafrecht al zoveel mogelijkheden biedt (bijvoorbeeld via de strafbare samenspanning). Dit suggereert een depreciatie van rechterlijke interpretaties en strafoordelen, die zeker uit de mond van politici, hoogst ongewenste effecten kan hebben. De politiek moet zich niet zomaar tussen het dagelijkse werk van de onafhankelijke rechter wringen.

Tot zover mijn post-Montesquieuze mijmeringen.

Paul van der Heijden zal zich, toen hij nog rector magnificus van de UvA was, bij het betreden van het Maagdenhuis, op 'steenworp' afstand van het Lieverdje, meer dan eens hebben gerealiseerd dat hij een tempel van strafrecht en politieke beweging binnenging. ■

5. Ch.J. Enschedé, *Strafrecht en politiek*, Deventer: Kluwer 1970, p. 11.

6. Zie de bundel: *Rechter en politiek, vijftien bijdragen t.g.v. het zesde lustrum van de Jonge Balie Utrecht, Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink 1978.*

# ONDERNEMINGSRECHT EN POLITIEK: DE SER ALS WEGBEREIDER

*1. Maarten Kroeze is hoogleraar handels- en ondernemingsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en medewerker van dit blad.*

674 **Prof. mr. M.J. Kroeze<sup>1</sup>**

Ondernemingsrecht is grotendeels technisch recht. De regelingen over vertegenwoordiging, over de uitgifte van aandelen of over kapitaalvermindering zijn voor de politiek nauwelijks interessant. Wetsvoorstellen over dergelijke onderwerpen halen zonder veel politieke aandacht de eindstreep. Hoe anders is dat voor onderwerpen die raken aan de machtsverhoudingen in ondernemingen. De politieke discussie hierover begon halverwege de negentiende eeuw toen Marx schreef over de 'de slavernij van de arbeider' en de 'heerschappij van de kapitalist'. Deze tegenstelling heeft zelfs geleid tot regimes die private ondernemingen als op winst gerichte organisaties van kapitaal en arbeid via nationalisering af schaffen en de arbeider in het productieproces centraal stelden. Zover is het in Nederland nooit gekomen. Dat neemt niet weg dat politieke discussies over het ondernemingsrecht vooral plaatsvinden als zij van belang zijn voor de positie van kapitaal, arbeid en ondernemingsleiding in kapitaalvennootschappen. De SER is in Nederland doorgaans de wegbereider voor voorstellen die aan deze posities raken.

Het meest recente voorbeeld hiervan is het moeizaam tot stand gekomen en verdeelde SER-advies 'Evenwichtig Ondernemingsbestuur' van 15 februari 2008. Dit advies is een reactie op een adviesaanvraag van minister Donner van SZW. De minister wilde weten of de positie van werknemers in ondernemingen moet worden versterkt. De SER is van oordeel dat voor een fundamentele herziening van de Nederlandse medezeggenschapsregelingen geen aanleiding is. Op enkele belangrijke punten is de SER verdeeld. Zo stelt hij vast dat belangrijke besluiten op internationaal concernniveau zich deels aan het bereik van de Nederlandse medezeggenschapsregelingen onttrekken. Er is echter verschil van opvatting over de mate waarin dit het geval is en in hoeverre dit problematisch is. De werknemersleden en een deel van de kroonleden, waaronder de redacteur ter ere van wie dit nummer verschijnt, vinden dat de Nederlandse en Europese wetgever maatregelen moeten nemen om de gevol-

gen van de internationalisering van ondernemingen te ondervangen. De werkgeversleden en een ander deel van de kroonleden menen dat er – kort gezegd – geen probleem is en dat nieuwe maatregelen voor vennootschappelijke medezeggenschap (zoals invloed op de samenstelling van de raad van commissarissen) niet goed zijn voor de concurrentiepositie van Nederland als vestigingsplaats van hoofdkantoren van internationale concerns.

Opvallend is dat de SER in het advies 'Evenwichtig Ondernemingsbestuur' ook een groot aantal spontane adviezen geeft, die met de positie van werknemers in ondernemingen niet direct te maken hebben. Zo doet de SER vergaande, en in mijn ogen ook enigszins onbeuiseerde aanbevelingen voor het enquêterecht. De angst voor hedgefondsen en voor de uitverkoop van Nederland en de gang van zaken rond Stork en ABN AMRO is hier vermoedelijk debet aan. Een andere verklaring heb ik niet voor het vrijwel unanieme advies over het enquêterecht van de stemgerechtigde leden, waarbij mij vooral opvalt – zeker in verhouding tot eerdere adviezen van de SER over het enquêterecht – dat de aanbevelingen voor het enquêterecht in het advies zelf mager zijn onderbouwd.

De SER beveelt aan dat enquêtegeschillen in twee feitelijke instanties moeten worden berecht en dat het hoger beroep van elke beslissing in beginsel schorsende werking moet hebben. Dit betekent, zo merkt de SER op, dat de rechtswaarborgen in de enquêteprocedure worden versterkt en dat zij meer gaan lijken op die van een gewone civiele procedure. Dit klinkt natuurlijk prachtig, maar het is de vraag of het verstandig is dit advies na te volgen. Verreweg de meeste enquêteprocedures die bij de ondernemingskamer ahangig worden gemaakt, gaan over ruzies in besloten verhoudingen. Er zijn slechts enkele aandeelhouders, deze aandeelhouders zijn dikwijls ook bestuurders en iedereen in de vennootschap kent elkaar persoonlijk. Het gaat vaak over conflicten tussen aandeelhouders of niet-zakelijke geschillen tussen neven en nichten in familievennootschappen. Deze ruzies hebben vaak een

verlammende invloed op de ondernemingsactiviteiten. In dergelijke geschillen is een snel oordeel vaak van groter belang dan een oordeel in twee instanties waarbij alle rechtswaARBorgen optimaal zijn. Tegen de tijd dat een, met alle rechtswaARBorgen omklede uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan, is de onderneming te gronde gegaan aan de onbesliste geschillen die aan het enquêteverzoek ten grondslag lagen. Illustratief in dit verband is dat de huidige geschillenregeling niet goed functioneert omdat de procedure, die twee feitelijke instanties kent, zo lang duurt. Het lijkt erop dat de SER zijn aanbeveling vooral heeft gebaseerd op de aandacht trekkende zaken waarin grote, beursgenoteerde ondernemingen de hoofdrol speelden. Het is de vraag of de waardevolle bijdrage die het enquêterecht levert aan geschilbeslechting in besloten verhoudingen, daaraan moet worden opgeofferd.

Daarnaast bepleit de SER dat de wetgever bij de aanbevolen wijzigingen van het enquêterecht expliciet dient toe te lichten dat de rechter zijn toetsingsbeleid dient af te stemmen op de Amerikaanse *business judgment rule* als hij oordeelt over het treffen van een onmiddellijke voorziening of over de aanwezigheid van 'gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen' (een voorwaarde voor het gelasten van een onderzoek) respectievelijk 'wanbeleid' (een voorwaarde voor het treffen van voorzieningen). De *business judgment rule* is in Amerikaanse rechtspraak over bestuurdersaansprakelijkheid ontwikkeld. Zij houdt in dat bestuurders niet persoonlijk aansprakelijk zijn voor de wijze waarop zij hun taak hebben vervuld als zij hun beleid hebben gebaseerd op adequate informatie, als zij hun beleidsbeslissingen goed hebben voorbereid en als zij in het belang van de vennootschap hebben gehandeld. De horde die de *business judgment rule* opwerpt, is alleen te nemen als de eisende partij aantoonst dat van een van deze omstandigheden geen sprake is geweest of als het bestuurlijke gedrag objectief gezien geen rationeel zakelijk doel heeft kunnen dienen. Nu ben ik een groot voorstander van de introductie van een dergelijke, op de Nederlandse situatie toegesneden toetsingsmaatstaf in het aansprakelijkheidsrecht. Maar ik vraag mij af of de introductie van deze regel in het enquêterecht een vooruitgang is. In de meeste enquêtezaken draait het niet om de toetsing van bestuurlijk gedrag. Het draait om geschillen tussen aandeelhouders, tussen partijen bij een *joint venture* of tussen familieleden die een rol in de vennootschap spelen. Die geschillen moeten worden opgelost in het belang van de onderneming. Het gaat niet om een toetsing *in hindsight*, zoals in aansprakelijkheidsprocedures aan de orde is. De *business judgment rule* heeft daarom in enquêteprocedures maar een beperkt bereik en is

bovendien minder geschikt voor de toetsing van situaties die zich op het moment van die toetsing vaak nog aan het voltrekken zijn. Dit betekent niet dat ik voor het enquêterecht geen voorstander ben van een terughoudende toetsing van bestuursbeleid en geen tegenstander van expliciete verwoording hiervan door de wetgever in toelichtende parlementaire stukken. Maar de vraag is of het zinvol is om voor het enquêterecht aansluiting te zoeken bij een zo complex leerstuk als de *business judgment rule*.

Als laatste voorbeeld noem ik het advies van de SER om de ontvankelijkheidsdrempel voor een enquêteverzoek door kapitaalverschaffers te wijzigen. Op dit moment kunnen een of meer aandeelhouders of certificaaThouders die gezamenlijk (1) ten minste 10% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen of (2) rechthebbenden zijn op aandelen of certificaten met een nominale waarde van ten minste € 225 000 om een enquête verzoeken. Bij beursgenoteerde vennootschappen is de ontvankelijkheid van verzoekende aandeelhouders bijna altijd gebaseerd op de tweede ontvankelijkheidsgrond. Een belang van 10% in een beursgenoteerde vennootschap heeft men niet snel. De SER adviseert om de tweede ontvankelijkheidsgrond te schrappen en om voor grotere vennootschappen voor te schrijven dat aandeelhouders ten minste een belang van 1% van het geplaatste kapitaal moeten vertegenwoordigen. Ter illustratie: een aandeelhouder moet dan een belang hebben ter waarde van ongeveer € 300 miljoen om een enquêteprocedure te kunnen starten bij Philips. Daarmee wordt het enquêterecht geen middel meer voor klokkenluiders of voor organisaties zoals de Vereniging van Effectenbezitters, die voor ontvankelijkheid doorgaans ook nog een aanzienlijk belang moeten hebben. Alleen institutionele beleggers en, opvallend genoeg, hedgefondsen (die in de regel ook een belang nemen van 1% of meer) kunnen nog enquêteprocedures starten. Er zijn natuurlijk argumenten voor de drempel van 1% aan te voeren. Ik vind die argumenten niet heel overtuigend. Maar wat mij vooral verbaast, is dat deze verhoging van de toegang tot het enquêterecht voor kapitaalverschaffers wordt onderbouwd met een verwijzing naar het agenderingsrecht. Aandeelhouders moeten ten minste 1% van het kapitaal vertegenwoordigen om een onderwerp op de agenda van de algemene vergadering van aandeelhouders te kunnen plaatsen. De toegang tot het enquêterecht heeft echter weinig te maken met het agenderingsrecht. Het uniformeren van toegangs-drempels omwille van de uniformiteit lijkt mij een weinig zinvolle bezigheid. Ik zie bovendien meer in de selecterende functie van de rechter bij het toelaten van een onderzoek in een enquêteprocedure dan in de in-

*Het enquêterecht leent zich niet goed voor  
advisering door de SER*

troductie van onneembare ontvankelijkheidsdrempels. Bij het agenderingsrecht ligt een hoger percentage in de rede omdat daar geen rechterlijke toets aan te pas komt. Let wel: in de Verenigde Staten gaat de *business judgment rule* in het aansprakelijkheidsrecht gepaard met een actierecht voor iedere individuele aandeelhouder.

Uit het voorgaande volgt voor mij dat het enquête-recht – behoudens enkele deelonderwerpen zoals de ontvankelijkheid van vakbonden en ondernemingsraden in enquêteprocedures – zich niet goed leent voor advisering door de SER. De oorzaak daarvan is dat de partijen die in de SER volwaardig mee kunnen praten en stemrecht hebben, in enquêteprocedures maar zelden tegenover elkaar staan. Slechts een verwaarloosbaar klein aantal keren maakte een vakbond een enquêteprocedure aanhangig. Zoals gezegd, gaat het in enquêteprocedures vaak om geschillen tussen kapitaalverschaffers onderling of om geschillen tussen kapitaalverschaffers en de ondernemingsleiding. Van belang is bovendien dat de vakbonden met de ondernemingsleiding, dat wil zeggen de bestuurders en commissarissen, meer op hebben dan met kapitaalverschaffers. De ondernemingsleiding moet immers naar Nederlands recht het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming behartigen en tot dat belang behoort ook het belang van de werknemers. De ondernemingsleiding vervult daarmee een intermediaire positie tussen de vakbonden en de kapitaalverschaffers. Dit is niet altijd zo geweest. Van oorsprong zag men bestuurders en commissarissen als lasthebbers van de kapitaalverschaffers. Toen in 1899 de eerste werkgeversvereniging werd opgericht, vielen de hoedanigheden van kapitaalverschaffer en

van bestuurder of commissaris vaak samen. Daarmee was het standpunt van de werkgever identiek aan dat van de kapitaalverschaffer. Met de opkomst van professionele managers, de spreiding van aandelenbezit en diverse oligarchische regelingen, is het werkgeversbelang dat nu wordt behartigd, vooral het – overigens respectabele – belang van de ondernemingsleiding en niet dat van de kapitaalverschaffer. De factor kapitaal heeft daardoor in de Nederlandse overlegcircuits aan invloed ingeboet. Zij is bijvoorbeeld niet vertegenwoordigd in de SER. Daar pleit mijns inziens ook meer tegen dan voor, maar dat neemt niet weg dat zich dit bij de aanbevelingen van de SER over het enquêterecht wrekt. De aanbevelingen die op steun van werknemers- en werkgeverszijde konden rekenen, zijn vooral aanbevelingen die de invloed van kapitaalverschaffers afzwakken en die naar mijn mening te makkelijk voorbij gaan aan de grote verdiensten van het enquêterecht in besloten verhoudingen. Dat de VEB en Eumedion tot de beraadslagingen waren toegelaten als adviserende leden van de ad hoc commissie Evenwichtig Ondernemingsbestuur heeft daaraan weinig kunnen veranderen. De SER zou zich in de toekomst vooral moet richten op kwesties die direct van belang zijn in de verhouding tussen ondernemingsleiding en werknemers. Dat zijn onderwerpen waarover zinvolle consensus bereikt kan worden. Het gevaar bestaat anders dat aanbevelingen die de macht van de kapitaalverschaffer inperken niet op zakelijke afwegingen zijn gebaseerd, maar vooral hun grond vinden in de wens van werknemerszijde of werkgeverszijde om een betere positie te verkrijgen in ondernemingen. Dit doet afbreuk zowel aan de status van de SER als aan het draagvlak van zijn adviezen. ■

# PAUL EN DE JURIDISERING

1. Jaap Polak is hoogleraar bestuursrecht in Leiden, lid van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en medewerker van dit blad.

675 Prof. mr. J.E.M. Polak<sup>1</sup>

Op 22 april 1999 promoveerde ik bij Inge van der Vlies in Amsterdam. Het NJB-redactiegehalte van de oppositiecommissie was daarmee nog niet compleet, want Paul van der Heijden was ook van de partij. Dat mijn

boek 'Burgerlijke rechter of bestuursrechter?' in het geheel niet over arbeidsrecht ging was daarbij geen bezwaar. Paul heeft immer een brede belangstelling en het kost hem weinig moeite verstandige dingen te zeggen op andere terreinen van het recht. Dat het thema van dit aan hem aangeboden nummer in het bijzonder zijn belangstelling heeft, blijkt ook uit hetgeen hij toen te berde bracht. Zij vraag ging immers over recht en politiek, terwijl de anderen oppositie voerden over sec de juristerij die mijn boek te bieden had.<sup>2</sup> Paul ondervroeg mij naar aanleiding van een hoofd-

2. Van Buuren over de problemen van de door mij voorgestelde verzoekschriftprocedure in schadezaken tegen de overheid bij de bestuursrechter als dat zonder verplichte rechtsbijstand zou gebeuren. Tjittes over de verhouding tussen het Vulhop-arrest uit 1992 en het Leendersarrest uit 1996 van de Hoge Raad. Koe-man over de wenselijkheid van beroep bij de bestuursrechter tegen algemeen ►





stuk over De bestuursrechtspraak en de juridisering. Hij heeft daar zelf over geschreven in een heel toegankelijk boek.<sup>3</sup>

Hij stelde onder meer de (in het boek in het geheel niet behandelde) vraag hoe het toch kwam dat sociaaldemocraten (in die tijd: Van Kemenade, Peper, Patijn en vele anderen) zich zo kritisch betonen ten opzichte van de juridisering van het openbaar bestuur als gevolg van onder meer de rechtsbescherming tegen overheidshandelen bij de bestuursrechter. Mijn antwoord kwam erop neer dat dat te maken heeft met het feit dat zij die langs politieke weg veranderingen nastreven, zich beperkt voelen in dat streven als burgers die veranderingen door het benutten van beroepsmogelijkheden tegenhouden, maar ook dat vertegenwoordigers van de andere grote politieke partijen zich in dezelfde zin hadden uitgelaten. Daarbij kon ik wijzen op (toen recente) uitspraken van toenmalig VVD-leider Bolkestein, die zich erg krachtig negatief over de rechtsbeschermingsmogelijkheden bij de (bestuurs)rechter tegen overheidshandelen had geuit en ook op die van enkele prominente CDA-ers.

De thematiek van Pauls vraag van toen is nog immer actueel. Dat blijkt uit de roep in het Parlement om bij projecten op het terrein van VROM versneld een bestuurlijke lus in te voeren. Ook Justitie wil deze voor het hele terrein van het bestuursrecht in de Awb invoeren, maar dat departement heeft het druk en de Awb heeft niet zo'n hoge prioriteit. Politici van onder meer de PvdA willen daarop door initiatiefwetgeving vooruitlopen teneinde de projecten van vooral het de-

partement Verkeer en Waterstaat sneller vlot te kunnen trekken als besluiten wegens onvoldoende onderzoek naar de wettelijk vastgestelde normen worden vernietigd en daardoor vertraging ondervinden. Op de voordelen van invoering van een bestuurlijke lus wordt vanuit de bestuursrechtelijke wereld ook al zo'n jaar of tien gewezen.

Enige tijd geleden schreef Adri Duyvestein, tegenwoordig wethouder van Almere en zich bewegend links in de PvdA, een krachtig stuk in de *Volkskrant*, waarin hij uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State waardoor projecten als de verbreding van de A4 bij Leiderdorp tenminste vertraging oplopen, in niet kinderachtige woorden hekelde. In deze uitspraken wordt aangegeven dat de minister niet voldoende heeft aangetoond dat zijn besluiten in overeenstemming zijn met de wettelijke voorschriften op het terrein van de luchtverontreiniging. Nu moet ik, inmiddels zelf meer dan zes jaar lid van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, voorzichtig zijn met daarover iets terug te zeggen. Toch kan ik wel iets zeggen over het soort argumenten dat hij gebruikt, nu hij niet op de inhoud van die uitspraken ingaat, maar meer algemene uitspraken doet. Duyvestein schrijft niet dat die besluiten wel in overeenstemming met die voorschriften zijn, maar hekelt deze uitspraken omdat de rechter democratisch gelegitimeerde besluitvorming niet zou mogen frustreren en meer aan belangenafweging zou moeten doen, zoals andere rechters wel zouden doen. Deze argumentatie is merkwaardig. De voorschriften op het terrein van de luchtverontreiniging, algemeen geldende regels, hebben een democratische legitimatie die groter is dan het in beroep aangevochten uitvoeringsbesluit van de minister. Het beroepsrecht is er nu juist niet in de laatste plaats om burgers de gelegenheid te geven te laten vaststellen of de uitvoerende macht wel opereert binnen de marges van de democratisch tot stand gekomen algemene regels. De stelling dat het zo raar is dat belangenafweging uitblijft, impliceert de opvatting van deze wethouder (what's in a name?) dat de overheid als het belang maar groot is best een milieuwet een beetje zou mogen overtreden en dus *buiten* de marges van de wet besluiten zou mogen nemen. Men kan zich daarbij niet aan de indruk onttrekken dat de boosheid van politici vooral voortkomt uit het feit dat er zoveel voorschriften zijn, ook van EU-herkomst, dat het bestuur op die manier niet meer goed kan werken. Dat is op zichzelf een navoelbare frustratie (ook burgers kennen frustraties door het teveel aan regels!), maar aan dat teveel aan voorschriften kunnen politici echt meer doen dan de (bestuurs)rechter!

➤ verbindende voorschriften en Nicolai naar ik meen over de naar zijn oordeel onjuiste wijze waarop ik de overeenkomsten met de overheid had behandeld, maar dat weet ik niet meer precies, want toen was het *Hora est*).

3. *Het recht in de ramsj. Openbaar bestuur op de stoel van de rechter*, Uitgeverij Balans, 139 p.

## Wordt het tijd voor een nieuwe Montesquieu?

Natuurlijk komt bij de bestuursrechter heel vaak wel een belangenafweging aan de orde, maar dan gaat het om het toetsen van een belangenafweging *binnen* de marges van het wettelijk kader, met andere woorden om situaties, waarbij de wet de overheid bij het nemen van besluiten beleids- of beoordelingsvrijheid geeft. De bestuursrechter is over het algemeen juist terughoudend (volgens nogal wat critici te terughoudend, lees vele commentaren in onder meer dit blad en noten uit de academische wereld in de vaktijdschriften) om besluiten van het bestuur te vernietigen als het bestuur bij zijn besluiten binnen de wettelijke beleids- of beoordelingsruimte is gebleven, als deze maar behoorlijk gemotiveerd zijn. Dat heeft inderdaad te

maken met de taakverdeling tussen bestuur en rechter, waarbij het bestuur een grotere legitimatie heeft om bij de aan hem verschaft wettelijke bevoegdheden beleidskeuzes te maken dan de rechter. Dat ook daarover heftige discussies worden gevoerd, heeft te maken met het feit dat er geen eenduidige visie is op de machtenscheiding. Sommigen leggen de nadruk op de grotere democratische legitimatie van de wetgever en het bestuur om beleidskeuzes te maken en geven op basis daarvan uiting aan hun misnoegen over sommige rechterlijke uitspraken (dat gedachtegoed hoort men vaak vanuit vertegenwoordigers van de overheid en parlementariërs van PvdA, CDA en VVD), terwijl anderen het belang van effectieve rechtsbescherming door de onafhankelijke rechter benadrukken en op grond daarvan, maar dan precies andersom over andere uitspraken misnoegen uiten (dit gedachtegoed wordt in Nederland vertolkt door veel juristen vanuit de academische wereld en wordt ook regelmatig vertolkt door politici afkomstig van D'66 en Groen Links). Wordt het tijd voor een nieuwe Montesquieu? ■

# DRIE VOORAF-ARTIKELLEN VAN PAUL VAN DER HEIJDEN

1. Jim Polak is oud-staatsraad en erevoorzitter van de redactie van dit blad.

676 **Mr. J.M. Polak<sup>1</sup>**

In 1992 heb ik wegens het bereiken van de leeftijd van 70 afscheid genomen van de redactie van het Nederlands Juristenblad, overigens nog wel na te hebben kunnen medewerken aan de keuze van Paul van der Heijden als nieuwe redacteur. Over de periode daarna wil ik in dit themanummer gaarne een korte bijdrage schrijven die speciaal gericht is op de Vooraf-bijdragen die de NJB-redacteuren beurtelings publiceren. Ik heb die gelegenheid niet gehad. Dat heb ik steeds jammer gevonden en daarvan ook aan de latere redacteuren blijk gegeven. Het (moeten) schrijven van een Vooraf is immers een unieke gelegenheid om kort en krachtig met een beschouwing voor de dag te komen. Juist omdat het moet is de gelegenheid zo uniek.

Ik heb voor mijn bijdrage drie recente Vooraf-artikelen van Paul gekozen en daarover een kort commentaar geschreven. Maar eerst een enkele opmerking over de aantrekkelijke aspecten van de NJB Vooraf-artikelen in algemene zin.

In het NJB van 27 februari 1992 (NJB 1992, p. 277) lanceerde de redactie een vuistregel luidende dat bij artikelen langer dan tien A4-vellen op 1.5 regelafstand

de (zware) bewijslast voor de overschrijding van de standaardlengte bij de auteurs ligt. Mede om te laten zien dat een dergelijke zelfbeperking realiseerbaar en aantrekkelijk is, heeft de redactie het goede voorbeeld gegeven door de invoering van het Vooraf. Daarmee laat de redactie zien dat zelfs de presentatie van een tot één bladzijde beperkt artikel uitvoerbaar en tevens voor schrijver en lezers aantrekkelijk is.

Ik meen dat de praktijk heeft uitgewezen dat deze doeleinden bereikbaar en uitvoerbaar zijn. Van die optimistische visie uitgaande, heb ik uit de artikelen van Paul van der Heijden, één van de topscorers in de Vooraf-bijdragen, er – zoals gezegd – drie uitgekozen. Het eerste, het Vooraf in NJB 2005, p. 2083 met de uitdagende vraagstelling "Bruikbare rechtsorde", of "over de schutting"? begint algemeen en informatief. Ik citeer 'De hoeveelheid wetgeving en andere regels, de kwaliteit ervan, het antwoord op de vraag wie wanneer welke regels moet maken, het zijn alle kwesties die de gemoederen danig bezighouden. Minister Donner heeft in april 2004 de nota 'Bruikbare rechtsorde' aan de Tweede Kamer aangeboden. In deze nota zegt het

## *Voor de motivatie en rechtvaardiging van regelingen door de wetgever in bijzondere situaties kan niet met louter rationele overwegingen worden volstaan*

kabinet de verhouding tussen overheid en samenleving te willen verbeteren, onder meer door de regeldruk te beperken. Daarbij gaat het er vooral om de verantwoordelijkheden tussen overheid en burgers anders te verdelen en de burgers in de gelegenheid te stellen zo goed mogelijk zelf hun problemen op te lossen.

Dan komt de kritiek. De voorbeelden die worden aangevoerd, zouden laten zien dat in het kader van het Bruikbare rechtsorde-denken de opdracht tot regelgeving over de schutting wordt gegooid. 'Niet de overheid zelf maakt de regels maar laat het over aan partijen.' Dat leidt niet tot minder regels, vermoedelijk ook niet tot heel veel andere regels, alleen de overheid kan dan zeggen te hebben gedereguleerd, gezien vanuit de overheid. Dat lijkt mij niet de juiste benadering. Dereguleren is geen sport die om zichzelf wille moet worden bedreven. De overheid zadelt de samenleving op met hoge transactiekosten door regelgeving af te schaffen die dan vervolgens door de sector zelf weer moet worden opgesteld. Dat kost een hoop tijd, moeite en inspanning die niet efficiënt besteed is.

Het lijkt mij een kritiek waar wel wat op kan worden afgedongen. In elk geval staat vast dat naast de regelgeving door (formele) wetgeving vormen van alternatieve regelgeving veelvuldig voorkomen. De behandeling van dit onderwerp in de jaarvergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging van 2007 heeft dat nog eens onderstreept en duidelijk gemaakt. Het onderwerp zal ongetwijfeld de komende tijd volop in de belangstelling blijven staan.

Het tweede Vooraf is van 1 juli 2006 en draagt de titel 'Wet op het maximumloon' (NJB 2006, 1108, p. 1403). Paul vermeldt daarin een aantal kritische opmerkingen over topinkomens en de commentaren die zij oproepen. Ik citeer 'We houden van selectieve verantwoordiging, we houden van emoties bij dit onderwerp. We houden ook van het maken van regels om onze emotie te kanaliseren.' Op het gebied van de bezoldiging van topfunctionarissen is de regelgeving de laatste jaren over elkaar heen gebuiteld en is er nog het nodige in de pijplijn waar te nemen. Maar het gaat, zo is zijn conclusie, macro-economisch om niks en er zijn, gelet op 7 miljoen werknemers, een uiterst minniem getal functionarissen bij betrokken. Het Vooraf eindigt niet mis te verstaan, 'Waarom dan al dit wetgevend geweld? Tja, waarom?'

Intussen blijft de discussie doorgaan. Zo schreef redacteur Menno Tamminga van *NRC Handelsblad* op 22 december 2007 over het Touwtrekken om topbeloningen die al tien jaar politiek gevoelig in bedrijfsleven en in de (semi)publieke sector zijn en werd bekend dat de voorzitter van de Commissie Frijns voor zelfregulering

koos en minister Bos van Financiën wilde onderzoeken of wetgeving effectief kon zijn.

Naar mijn mening wordt in het Vooraf miskend dat voor de motivatie en rechtvaardiging van regelingen door de (formele) wetgever in bijzondere situaties niet met louter rationele overwegingen kan worden volstaan. Een dergelijke situatie doet zich hier voor. Toegeven dat onder omstandigheden ook met emotionele argumenten mag en moet worden rekening gehouden, kan politiek wenselijk en dus geboden zijn.

Het derde Vooraf dat ik hier ter sprake wil brengen is dat van 2 februari 2007 (NJB 2007, 256, p. 265) getiteld 'Het Prinsengrachtmodel'. Het geeft commentaar op de uitspraak van de Ondernemingskamer van 17 januari 2007 en mondt uit in de conclusie dat dit rechterlijk college heeft beslist dat de strategie al ligt waar hij thuishoort: in handen van het bestuur van de onderneming, te controleren door ondernemingsraad en aandeelhouders. 'Maar er zitten aan het model nog wel wat rafelrandjes. In de Tweede Kamer wordt met enige regelmaat gediscussieerd over modernisering van het ondernemingsrecht, het komt me voor dat er voldoende stof is de rol en bevoegdheden van aandeelhouders, werknemers en Ondernemingskamer in het vennootschapsrecht nog wat scherper te definiëren.'

Terecht wordt vastgesteld dat bij dit onderwerp nog al eens de Tweede Kamer is ingeschakeld. Dat gebeurt nu weer. In zoverre komt dit Vooraf op een passend moment. Bij brief van 12 november 2007 heeft minister Hirsch Ballin aan de Tweede Kamer toegezonden nota 29 752, nr. 5 'Modernisering van het ondernemingsrecht'. Wel is het Prinsengrachtmodel niet met zoveel woorden in de nota vermeld maar die laat zoveel mogelijkheden en ruimte voor een bespreking dat er op mag worden gerekend dat ook aandacht zal worden besteed aan dit onderwerp. En daarmee zal dan wederom de actualiteit en de praktische betekenis van een Vooraf worden aangetoond.

De drie voorbeelden kunnen uiteraard maar in bescheiden mate bijdragen tot beter inzicht in de complexe relaties tussen wet, recht en politiek die in dit themanummer aan de orde zijn. Maar de onderlinge samenhang en beïnvloeding is er. Zeker als men bedenkt dat de wetgeving die in de drie Vooraf-artikelen voor toepassing in aanmerking komt als neerslag en samenballing van politieke inzichten en beslissingen mag worden beschouwd.

Ik sluit af. We zullen voortaan het Vooraf van Paul moeten missen. Maar we mogen aannemen dat hij zal blijven schrijven, zij het in andere vorm, over de onderwerpen waarmee hij zo vertrouwd is en waarmee hij zoveel gezag heeft opgebouwd. ■

# GOOGLENDE WERKGEVERS

1. Corien Prins is lid van de WRR, hoogleraar recht en informatisering aan de Universiteit van Tilburg en redacteur van dit blad.

677 Prof. mr. J.E.J. Prins<sup>1</sup>

Iets meer dan dertig vrienden had Paul van der Heijden een maand geleden op *Hyves*, het vooral onder Nederlandse studenten populaire online-vriendennetwerk. Bijna allemaal vrolijk lachende meisjes en jongens, zo valt uit de foto's van de 31 vrienden op te maken. Ertussen prijkt wat uit de toon vallend een zwart-witfoto van een grijze man: de voorganger van Paul als rector magnificus van de Leidse universiteit: Douwe D. Breimer. Veel meer komen we op *Hyves* niet van Paul te weten: hij heeft noch een blog noch gadgets, zo vermeldt de site. Voor de bekende gegevens moeten we naar zijn pagina op *Wikipedia*. We lezen er over studietijd, wetenschappelijke en bestuurlijke carrière en adviesfuncties. De vrije internet-encyclopedie biedt ons de stand van zaken per 2 oktober 2007, iets over half vier 's middags. Na dat moment heeft niemand de moeite genomen Paul's pagina te actualiseren dan wel naar een beleving van de werkelijkheid aan te passen.

Er valt natuurlijk nog veel meer op internet over onze redacteur te traceren, maar het blijft allemaal toch wel bij de bekende wetenswaardigheden over zijn indrukwekkende carrière. Via Market Visual komen we achter relaties die Paul met bedrijven als Buhrmann, ING en Nuon onderhoudt. En wie nog wat verder in de digitale wereld zoekt vindt fans van Paul die instemmend zijn uitspraken in de wetenschappelijke literatuur en de landelijke media citeren. Maar wie geïnteresseerd is in privékwetsies, hobby's, leuke filmpjes en voorkeuren komt al *googlend* niet bijzonder veel smeûigs over Paul te weten. Vooralsnog lijkt hij zich geen zorgen te hoeven maken in de toekomst achtervolgd te worden door vervelende informatie over zijn levenswandel. Maar wie weet, valt er met wat speurwerk in de digitale werelden van *Facebook*, *MySpace* en *YouTube* wel het een en ander over zijn drie kinderen te vinden. Informatie die zij wellicht later bij nader inzien toch graag verwijderd willen hebben. Bijvoorbeeld op het moment dat ze een belangrijke stap in hun carrière wensen te zetten, maar zich ook realiseren dat hun toekomstig werkgever de digitale wereld afstruint voor wat informatie in aanvulling op die keurige sollicitatiebrief.

Steeds meer werkgevers en personeelsfunctionaris-

sen ontdekken het internet als aanvullende informatiebron voor wetenswaardigheden over sollicitanten, vakbondsmedewerkers en werknemers. Eind november 2007 meldde rekruteringsbedrijf Viadeo op basis van eigen onderzoek dat één op de vijf werkgevers op internet zoekt naar aanvullende gegevens over sollicitanten. Via de interactieve en onder jongeren populaire virtuele sociale netwerken is inmiddels een schat aan informatie over sollicitanten, werknemers en hun 'vrienden' beschikbaar. In de ogenschijnlijk zo gezellige virtuele wereld geven mensen zich via 'profielen' met waarheden, maar zeker ook onwaarheden, bloot aan de wijde wereld. Onherroepelijk en onontkoombaar. Internet is overal en vergeet niets. Internet typeert en categoriseert. Uit het onderzoek van Viadeo bleek voor 59% van de ondervraagden dat de gevonden informatie doorslaggevend was om de sollicitant wel of niet voor een eerste gesprek uit te nodigen. Verder gaf een kwart van de verantwoordelijken voor personeelsbeleid aan kandidaten af te wijzen na het vinden van bepaalde online informatie. Slechts in 13% van de gevallen bleek nader onderzoek in de virtuele wereld door de toekomstige werkgever voor de sollicitant gunstig uit te vallen.

Het zijn wat mij betreft zorgwekkende indicaties voor een duidelijke tendens. Zorgwekkend, omdat zoeken en traceren, laat staan iets in de richting van 'de waarheid' vinden, in de online-wereld een complexe en glibberige bezigheid is. Volgens deskundigen valt met de huidige capaciteit en werkwijze van zoekmachines slechts 5% van de op het internet beschikbare informatie te vinden. Per definitie geeft het door een zoekmachine aan werkgevers gepresenteerde zoekresultaat dus een beperkt en selectief beeld. Daarbij komt dat de rangorde in presentatie van zoekresultaten zeker niet op basis van objectieve criteria tot stand komt. Voeg daaraan toe dat de gemiddelde werkgever of personeelsfunctionaris niet verder kijkt dan de eerste twee pagina's van de gepresenteerde zoekresultaten en we stellen vast dat toekomstige werkgevers zich op glad ijs bevinden. Zorgwekkend is het beeld wat mij betreft ook omdat we met de komst van internet en andere moderne informatie- en communicatietechnieken een wereld hebben gecreëerd

*Internet is overal en vergeet niets*





waarin niets meer wordt vergeten. Op internet blijf je eeuwig jong. Ook over tien jaar dwalen de emotionele filmpjes en foto's die jongeren nu soms ondoordacht op Facebook zetten nog op het internet rond. Wie op zoek gaat naar technische of juridische instrumenten om later weer in de virtuele vergetelheid te geraken, staat met lege handen. Voor de gemiddelde burger is het ondoenlijk zich te beschermen tegen het gebruik van onjuiste informatie, geruchten en onwaarheden – laat staan verouderde informatie. Zorgwekkend is het huidige gebruik van internetinformatie door toekomstige werkgevers ook omdat het beeld dat de virtuele wereld van mensen creëert veelal een zeer rigide – in feite 'nullen of enen' – beeld is. Er bestaat maar

één type 'vrienden' op internet. Het is een wereld van 'vrienden' en 'de rest'. De vele nuances in relaties zoals we die in de fysieke wereld kennen, bestaan in de virtuele wereld niet. Werkgevers lopen het risico sollicitanten te beoordelen en veroordelen op louter profielen en vrienden van die profielen. Als uitgangspunt is het wat mij betreft niet verkeerd dat werkgevers zich met behulp van de virtuele wereld oriënteren op sollicitanten. Maar werkgevend Nederland moet zich wel realiseren dat het gebruik van deze aanvullende informatiebron de nodige zorgvuldigheid verlangt. Zoeken en vinden op internet is een vak apart en vereist de nodige deskundigheid. Personeelsfunctionarissen en leden van sollicitatiecommissies zouden zich dan ook eerst de noodzakelijke zoek- en beoordeelkennis eigen moeten maken, alvorens ze een ontdekkingsreis ondernemen in de virtuele sociale omgeving van sollicitanten. Integriteit en professionaliteit vereisen ook dat werkgevers die op internet zoeken naar aanvullende gegevens over sollicitanten en deze daarop beoordelen dit aan de betreffende personen laten weten. Juist ook in de gevallen dat een sollicitant op basis daarvan wordt afgewezen. Overigens: in feite verlangt art. 34 Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) nu al van googlende werkgevers dat zij een sollicitant informeren over het gebruik van internetinformatie. Kortom, hoog tijd dat werkgevers met nadere richtlijnen en afspraken komen voor een zorgvuldig en transparant gebruik van openbare, in de praktijk veelal digitale, bronnen bij sollicitatieprocedures. ■

# HET RECHT IS HET RESULTAAT VAN KEUZES VAN RECHTSPOLITIEK

1. H.C.F. Schoordijk is emeritus-hoogleraar (Anglo-Amerikaans) privaatrecht aan de Universiteit van Tilburg en de Universiteit van Amsterdam en oud-medewerker van dit blad.

678 Prof. mr. H.C.F. Schoordijk<sup>1</sup>

1. Recht is niet. Gevaarlijk is het dan ook om te stellen dat het recht gevonden moet worden, tenminste als hiervan de suggestie uitgaat dat een oplossing in casu met zekerheid te vinden valt. Vast moge staan hoe in het verleden een keuze door de heersende leer gemaakt werd, keuzes van gisteren kunnen morgen echter anders uitvallen. Rechtsregels zijn door de maatschappij gesanctioneerde spelregels. Hun inhoud moet

steeds weer bevestigd of uitgevonden worden. Recht is mensenwerk en een cultuurverschijnsel (Radbruch). De Duitse anti-rassenwetten hielden onrecht in. Zij vormden wel recht, maar verwerpelijk recht, immers in strijd zijnde met toen nog louter ethische normen, later te kwalificeren als mensenrechten. Maar ook mensenrechten kennen marges, bijvoorbeeld bij het verbod tot discrimineren, en zijn nooit geheel absoluut.

2. Merkwaardig in dit verband is Hart's 'The concept of law'. Hij zegt niet wat recht is. Begrijpelijk, want reeds in de negentiende eeuw gold: 'noch suchen die Juristen nach einer Definition von Recht'. Onjuist is het dan ook dat Hart wel op zoek is naar wat geldend recht is, in dit verband de 'rule of recognition' opstelt maar de problematiek van de interpretatie goeddeels daarlaat, zodat de term common law in zijn boek niet voorkomt. Hij maskeert hiermee dat recht keuzes veronderstelt.

3. Het rechtsdenken heeft te beginnen bij 1950 een gigantische ommekeer doorgemaakt. Mij beperkend tot het vermogensrecht – wij dachten heel lang dat de wetgever louter voor ons dacht en de rechter min of meer 'la bouche de la loi' was. Zelfs Scholten [1931] denkt aan een systeem van het recht, als zou dit 'aan historisch te kennen gegevens gebonden zijn'. Maar dit is nu eenmaal niet altijd zo. Het systeem is zoals de rechter (wij) dit wil zien. Hij moet rechtspreken met werfkracht, het juridisch cultuurbeeld inschatten en daarbij van de historie –zo dit niet meer passend recht oplevert – afstand kunnen nemen. Eén uitspraak

oefenen, zodat het niet in het nieuw BW verankerd kon worden. Het antwoord van de ontwerper was duidelijk: precontractuele aansprakelijkheid komt niet in de wet, maar de rechter kan *als hij dat wil* haar wel aanvaarden.

5. Als het gaat om de dogmatiek speelt de wil dikwijls een belemmerende rol. Onze wetgever koos voor een vertegenwoordigingsbegrip waarbij een handelen op naam van een ander als voorwaarde te gelden heeft, in tegenstelling tot de 'undisclosed agency' van de common law. Laatste rechtsfiguur wordt zelfs door de Engelsen als een 'anomaly' aangemerkt, evenals door Van der Grinten en Kortmann in de voorlaatste druk van Asser. Vergeten wordt zo dat het in het recht niet slechts gaat om wat wij willen maar ook wat wij moeten willen.

Kort geleden verdedigde B. Schols zijn proefschrift over de executeur testamentair. Deze is volgens hem onmiddellijk vertegenwoordiger. Toch haalt hij opdracht en middellijke vertegenwoordiging uitvoerig uit de kast en rept van een quasi-opdrachtnemer alleen maar om de verhouding executeur – erfgenaam obli-

## *De rechter moet rechtspreken met werfkracht, het juridisch cultuurbeeld inschatten en daarbij van de historie afstand kunnen nemen*

(Quint-de-Poel, 1959) – en het verbintenissenrecht moest daarna geheel anders doordacht worden. Wij blijken dan een open systeem te hebben. Wij hebben een gesloten systeem van zakelijke rechten maar als dat gaat knellen, proberen wij linksom of rechtsom daarop retouches aan te brengen. Recht is altijd een 'bewegliches System' (Wilburg). Aandacht in dit verband verdienen zogenaamde anticiperende en prospective overruling. De rechter anticipeert niet. Toekomstig recht acht hij 'hic et nunc' wenselijk. Politieke redenen (het nieuw BW moest er komen), vooral ook vragen van rechtszekerheid, kunnen daar een rol bij spelen.

4. Er zijn nog steeds juristen die menen dat onze keuzemogelijkheden te verwaarlozen zijn. Een van die juristen was Van der Grinten. Onder het genot van een biertje hield hij mij eens voor dat precontractuele aansprakelijkheid toch niet mogelijk moet zijn omdat een mens niet tegen zijn wil gebonden kan zijn. Over bestuurdersaansprakelijkheid dacht hij evenzo. Wie zo redeneert, vergeet dat de overeenkomst niet de enige bron van verbintenissen vormt. Ten bewijze hiervan: zijn noot in AA onder Baris/Riezenkamp:

'dat in het algemeen de belangen van de wederpartij, ook buiten contractuele verhoudingen, mijn gedrag mede moeten bepalen, gaat mij te ver'.

Een wilsdenken dat anno 1957 veel voorkwam en hem er later toe bracht op de landspolitiek invloed uit te

gatoir te onderbouwen, alsof dit niet uit het recht zelf kan voortvloeien.

6. Als waar is dat noch de wet, noch de dogmatiek keuzes in de weg staan, dan blijkt de rechtswetenschap een (rechts-)politieke wetenschap te zijn, zij het niet de 'politische Rechtswissenschaft' die Bydlinski [1982] terecht bestrijdt. Hier ligt nu juist precies het verschil tussen Scholten en vooral Eggen enerzijds en Meijers anderzijds. Bij laatste lezen wij teveel: 'ik zou wel willen maar ik kan niet!'. Na 1970 wordt dit denken goeddeels verlaten maar het blijft onuitroeibaar. Onjuist ook zijn dikwijls suggesties alsof een oplossing louter juridisch van karakter is. Als een vrachtwagen, slecht geladen, omslaat en het verkeer urenlang ophoudt, dan heeft de wachtende weggebruiker geen claim. Wij spreken dan van de relativiteitsleer maar goed bezien, gaat het om een maatschappelijke inschatting die ook als zodanig onderkend moet worden. Maar waarom dan niet eerlijk gezegd dat de keuze voor niet-aansprakelijkheid morgen anders kan uitvallen? Het geloof in een wetgever die boven ons staat, moeten wij langzaam maar zeker prijsgeven. Cohen-Tanugi sprak in 1987 over Amerikaans recht als over een 'droit sans l'état'. Goed bezien geldt dit voor alle rechtssystemen, maar dat houdt wel in dat wij bijvoorbeeld over de zogenaamde derogerende werking van de goede trouw anders moeten leren denken. ■

# BAN DE KINDERARBEID: DE ROL VAN DE ILO

1. Nico Schrijver is hoogleraar internationaal publiekrecht aan de Universiteit Leiden en medewerker van dit blad.

679

*Prof. mr. N.J. Schrijver<sup>1</sup>*

Internationaal publiekrecht is bij uitstek een terrein waar recht en politiek met elkaar in aanraking komen, soms botsend maar ook vaak in tandem. Vroeger was dat minder. Toen manifesteerde het internationale recht zich vooral via internationaal gewoonterecht, een over een lange tijd volgehouden gedragspatroon (*usus*) van staten vanuit de overtuiging (*opinio iuris*) dat dit rechtens zo behoort. Maar sinds het begin van de vorige eeuw zijn eerst verdragen en later ook de besluiten van volkenrechtelijke organisaties als rechtsbronnen, naast óf in plaats van internationaal gewoonterecht, steeds belangrijker geworden. Daarmee is ook de invloed van politiek, in dit geval internationale politiek op de ontwikkeling en naleving van internationaal recht steeds groter geworden. Internationale conferenties (denk aan de Haagse Vredesconferenties in 1899 en 1907) en internationale organisaties zijn vaak gaan fungeren als broedplaats voor de ontwikkeling van nieuw recht en het terzijde stellen ('cracking') van oud recht. Ook krijgen internationale organisaties vaak de opdracht lidstaten bij te staan bij het ontwerpen of aanpassen van nationale wetgeving. Daarnaast vervullen zij vaak een waakhondfunctie bij het toezicht op de daadwerkelijke uitvoering en kunnen zij zowel positieve (operationele bijstand) als negatieve maatregelen ('naming and shaming', oproepen tot sancties) treffen.

Een voorbeeld bij uitstek van een organisatie die dergelijke functies vervult, is de Internationale Arbeidsorganisatie, één van de oudste internationale organisaties (opgericht in 1919) en algemeen bekend onder de Engelse afkorting ILO. Het is een pikant gegeven dat de hoofdspelers in de ILO uit drie hoeken komen: regeringen, vakbonden en bedrijfsleven. In dit tripartite krachtenveld van recht en politiek vervult Paul van der Heijden, de scheidende redacteur en de adresant van dit speciale NJB-nummer, reeds lange tijd

een prominente rol, als voorzitter van de Nederlandse delegatie bij de jaarlijkse Internationale Arbeidsconferentie van de ILO en tevens als voorzitter van het ILO-comité inzake Vrijheid van Vakvereniging. De ILO heeft drie hoofdfuncties: internationale normstelling, het bewerkstelligen van toepassing in recht en politiek (eventueel met operationele steun van het ILO-secretariaat) en internationaal toezicht op de naleving ervan. Daarnaast kent de organisatie een procedure voor individuele bezwaarschriften en klachten. De belangrijkste instrumenten van normstelling zijn de verdragen (thans 188) en aanbevelingen (bijna 200). Het betreft hier regelgeving over werknemersrechten, veilige arbeidsomstandigheden, arbeidsvoorwaarden, organisatie van arbeid en sociale zekerheid. De meest fundamentele normen zijn samengevat in een ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up, vastgesteld in 1998. Deze verklaring is formeel niet-bindend maar wordt desondanks vaak aangehaald als een document van universele gelding.

Een van de moeilijkste onderwerpen van deze Verklaring, zo niet van het werk van de ILO als geheel, betreft het vraagstuk van kinderarbeid. Anno 2008 plegen wij dit in het Noorden op hoge toon te veroordelen. We vergeten daarbij nogal eens dat kinderarbeid nog niet zo lang geleden (en zeker nog ten tijde van de oprichting van de ILO in 1919) in industrielanden, waaronder Nederland (ondanks het Kinderwetje van Samuel van Houten in 1874), een veel voorkomende harde realiteit was. Bij dit onderwerp zijn de verschillen en de belangentegenstellingen tussen ontwikkelingslanden en industrielanden niet minder dan schrijnend. Vanaf de oprichting heeft de ILO dit moeilijke vraagstuk evenwel ter hand genomen. Eerst kwamen diverse, maar gefragmenteerde minimum leeftijdconventies tot stand: voor de indus-

*We vergeten nogal eens dat kinderarbeid nog niet zo lang geleden in industrielanden, waaronder Nederland, een veel voorkomende harde realiteit was*

trie (meteen in 1919), voor de zeevaart (1920), en de landbouw (1921), alle herzien in 1936 en 1937. Pas in 1973 wist de ILO een algemene Conventie aan te nemen over de terugdringing van kinderarbeid. Deze Conventie 138 stelt dat de minimumleeftijd (in werking vanaf 1976, met nu 150 ratificaties) voor toegang tot de arbeidsmarkt in het algemeen niet lager mag zijn dan vijftien jaar, waarbij lidstaten met een zwak ontwikkelde economie en gebrekkige onderwijsfaciliteiten (lees: ontwikkelingslanden) de leeftijd op veertien jaar mogen stellen. En voor zwaar werk werd, zij het in nogal zwakke bewoordingen, gesteld dat dit achttien jaar zou behoren te zijn. Maar al snel bleek deze Conventie 138 onvoldoende om de meest ernstige vormen van kinderarbeid tegen te gaan. Om die reden is, onder zware maatschappelijke druk, in 1999 een nieuwe ILO-Conventie 182 aangenomen die voorziet in een algeheel verbod en onmiddellijke uitbanning van (louter) de ernstigste vormen van kinderarbeid. Hierbij gaat het om slavernij, gedwongen arbeid, kinderprostitutie en -pornografie, de inzet van kinderen bij illegale activiteiten zoals drugshandel, en alle andere activiteiten die door aard of omstandigheden de gezondheid, de veiligheid en zeden van kinderen kunnen bedreigen. Inmiddels hebben maar liefst 165 staten dit verdrag bekrachtigd. Daardoor verplichten zij zich tot het toelaten van controlemaat-

regelen en sancties bij overtreding van de Conventie. De Verklaring wijst ook op de noodzaak van preventieve maatregelen, waarbij uiteraard de toegang tot (gratis) basisonderwijs veel aandacht krijgt. In dit verband noem ik nog de toenemende belangstelling voor het afschuwwekkende fenomeen van kindsoldaten, waarover nu in het kader van de Verenigde Naties, de Afrikaanse Unie en het internationale humanitaire recht diverse nieuwe regels zijn aangenomen.

Dit voorjaar bespreekt de Tweede Kamer de Mensenrechtenstrategie voor het buitenlandse beleid van het kabinet Balkenende-IV. Minister Verhagen breekt daarin een lans voor een meer samenhangende internationale aanpak bij het uitbannen van kinderarbeid en kondigt diverse initiatieven daarvoor aan in EU, WTO-, VN- en ILO-verband. Het werk van Paul van der Heijden en zijn collega's laat opvallend genoeg zien dat sociale partners en regeringen er soms relatief gemakkelijker in slagen in ILO-verband overeenstemming te bereiken dan in het in beginsel politiek homogener en geografisch beperkter bestel van de Europese Unie. Bovendien praat men in de ILO niet alleen over, maar ook mét de ontwikkelingslanden. Te hopen valt daarom dat de Tweede Kamer bij de bespreking van de Mensenrechtenstrategie ruimschoots aandacht zal besteden aan het vruchtbare werk van de ILO als wereldomspannende organisatie. ■

# DE GAAY FORTMANN EN DE WET OP DE ONDERNEMINGSRADEN

1. Jaap van Slooten is hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam, advocaat te Amsterdam en medewerker van dit blad.

680 Prof. mr. J.M. van Slooten<sup>1</sup>

W.F. de Gaay Fortmann besloot zijn proefschrift uit 1936 ('De onderneming in het arbeidsrecht') met de woorden: *'De sterk uitgesproken rechtspolitieke zijde, welke verbonden is aan de beoefening van de wetenschap van het arbeidsrecht, maakt den arbeid voor hem, die op dit terrein werkzaam wil zijn, dubbel verantwoordelijk.'* De Gaay Fortmann ontwikkelde in zijn proefschrift een nieuwe visie op de verhouding tussen werkgever, werknemer en hun werkverband, de onderneming. De onderneming is niet meer een rechtsob-

ject, maar rechtssubject is zij al evenmin. Zij is *'een figuur uit het rechtsleven, welke zonder de hoedanigheid van rechtspersoon te bezitten, ten opzichte van de tot hun kring behorende personen als een eenheid optreden'*. De Gaay Fortmann concludeert dat ondernemingsraden hierin een belangrijke rol kunnen vervullen en bepleit een *'mantelwet'*. Zijn bedoeling is dat de medezeggenschap niet meer op bedrijfstaakniveau plaatsvindt, maar op het niveau van de onderneming. Herkennen we daar iets terug van het antirevolutio-





naire beginsel 'soevereiniteit in eigen kring'? In ieder geval komt duidelijk naar voren dat De Gaay Fortmann een voorstander was van het gemeenschapsdenken, als tegenhanger van onder meer de klassenstrijd.

In zijn boek zijn sporen te herkennen van de in 1950 aangenomen Wet op de ondernemingsraden, tot aan de vandaag nog gebezigde definitie van het begrip onderneming (art.1 sub c WOR) aan toe (proefschrift p. 130).

In 1971 wordt de WOR gewijzigd. Deze krijgt nu een dualistisch karakter doordat de ondernemingsraad niet alleen meer moet functioneren als overlegorgaan, maar tevens als behartiger van het belang van de werknemers. Enigszins in tegenspraak daarmee is dat de wet vasthoudt aan de regel dat de bestuurder stemgerechtigd voorzitter van de ondernemingsraad blijft. De basis voor deze wetswijziging is gelegen in het rapport van de Commissie Verdam tot herziening van het ondernemingsrecht uit 1964.

*'De commissie heeft zich afgevraagd of de erkenning van de toegenomen mogelijkheden tot het dragen van medeverantwoordelijkheid van het personeel voor het welzijn der onderneming niet tot uitdrukking zou kunnen worden gebracht door [...] instelling van een werknemersvertegenwoordiging naast of verbonden met de ondernemingsraad. Dan zou [...] tevens rekening kunnen worden gehouden met verschillen in verantwoordelijkheid.'* Opnieuw zijn de sporen van zijn denkwerk terug te vinden in de (gewijzigde) WOR. De Gaay Fortmann is dan inmiddels een vooraanstaand

lid van de ARP, reden waarom hij naast mensen als Van der Grinten en Den Uyl lid is van deze commissie. Tijdens zijn rectoraat van de VU wordt hij gepolst om toe te treden tot het kabinet Cals, maar dat springt af.

De overstap naar de echte politiek volgt begin jaren zeventig, met de formatie van het eerste kabinet Den Uyl. De Gaay Fortmann wordt Minister van Binnenlandse zaken. Zijn partijgenoot Boersma krijgt de post Sociale Zaken en komt met een nieuw voorstel tot wijziging van de WOR. Hierin is de ondernemingsraad geen onderdeel meer van de onderneming, maar een zelfstandig orgaan. De KVP-ministers in het kabinet verzetten zich tegen dit voorstel en vinden De Gaay Fortmann aan hun zijde. In januari 1976 schrijft hij een brief aan Boersma, waarin hij zijn bezwaren uiteenzet. Hij is niet te bescheiden om daarbij zijn eigen proefschrift in stelling te brengen. De onderneming *'is een instelling waarin mensen met behulp van stoffelijke en immateriële zaken samenwerken. De werkers in de onderneming behoren functioneel tot haar. Er is verschil van functie, maar allen, leidinggevend of uitvoeren in de onderneming werken, behoren tot elkaar.'*

Uiteindelijk komt na veel amendementen en herzieningen een wetswijziging tot stand in 1979. Hierin blijft de ondernemingsraad een onderdeel van de onderneming, maar is de bestuurder niet langer lid. Tevens wordt het beroepsrecht ex artikel 26 WOR geïntroduceerd, hetgeen toch een zekere polarisatie in de hand werkt. Zo bezien heeft De Gaay Fortmann in verschillende hoedanigheden bijgedragen aan drie versies van de Wet op de ondernemingsraden, over een periode van veertig jaar.

In één van zijn beruchte aanvallen op de literatuurwetenschap schreef W.F. Hermans dat een 'bioloog nooit een kever wordt'. Met andere woorden: je kunt niet worden wat je bestudeert, hoe graag je dat ook wil. Dat zou voor juristen wel eens anders kunnen liggen en juist op het gebied van het arbeidsrecht. Ik noem Romme, Veraart, Veldkamp, Rood en recent nog Van Leeuwen, de Staatssecretaris van Cultuur in het eerste kabinet Balkenende. Allen zijn gedebuteerd in het arbeidsrecht, vaak eerst als wetenschapper, daarna als praktijkbeoefenaar, om te eindigen als politicus. Weinigen van hen hebben echter zo'n mooie kans gekregen als De Gaay Fortmann had, namelijk om datgene waar hij als wetenschapper mee begon, als politicus af te maken. Die sterk uitgesproken 'rechts-politieke zijde', zoals De Gaay Fortmann dat noemde, heeft hij daarbij goed in de gaten gehouden. Als wetenschapper betoogde hij opvattingen die zijn politieke vrienden niet altijd onderschreven, zo blijkt uit Peter Baks 'Een soeverein leven, biografie van W.F. de Gaay Fortmann', Mets en Schilt, 2004, p. 122-123. En als politicus schrok hij er niet voor terug zijn partijgenoot in het kabinet af te vallen op grond van wetenschappelijke argumenten.

Men is in het recht zelden bioloog of kever maar

## *Men is in het recht zelden bioloog of kever maar meestal een combinatie ervan*

meestal een combinatie ervan. Ook een jurist die geen minister wordt kan door zijn onderzoek de politiek beïnvloeden en daarmee in feite al politiek bedrijven. Paul Scholten schreef in 'Recht en gerechtigheid' (Zwolle 1932) dat 'wie recht zoekt altijd tot zekere hoogte macht heeft over het recht'. De Gaay Fortmann bracht in zijn eigen carrière tot uitdrukking dat het

niet gaat om het denken in tegenstellingen, maar om het samenbrengen van taken en verantwoordelijkheden, onder de erkenning dat het soms gaat om zaken die op gespannen voet met elkaar kunnen staan. Of het nou om werkgevers en werknemers gaat, of om recht en politiek. ■

# ONDER CIVILISTEN: ALLEGORIE VAN RECHT EN POLITIEK

1. Eric Tjong Tjin Tai is universitair hoofddocent burgerlijk (procesrecht)recht aan de Universiteit van Tilburg en medewerker van dit blad.

681 **Mr. drs. ir. T.F.E. Tjong Tjin Tai<sup>1</sup>**

De muren van het stadhuis van Siena zijn getooid met fresco's van Ambrogio Lorenzetti, tonend de Allegorie van de effecten van het goede bewind en het slechte bewind. Het goede bewind wordt uitgebeeld als een koning op een troon, omringd door de klassieke deugden, waaronder de Rechtvaardigheid, in de gedaante van hofdames. Aan zijn rechterhand zetelt evenwel op een aparte troon opnieuw de Rechtvaardigheid, ditmaal verbeeld door een gekroonde dame. Het recht staat onder zowel als naast de politiek.

De positie van het burgerlijk recht tegenover de politiek lijkt misschien niet onmiddellijk duidelijk. Het civiel recht is de grootmoeder van het recht: de bijzondere rechtsgebieden zijn uit haar<sup>2</sup> voortgekomen maar hebben haar inmiddels verdrongen. De grijze oude dame treedt maar zelden voor het voetlicht. Het

civiel recht is te oud om *sexy* te zijn. Andere rechtsgebieden gaan over maatschappelijk brandende kwesties als de vervolging van (on)schuldigen, de toelating van vluchtelingen, het homohuwelijk en wat dies meer zij. Civilisten moeten het doen met de vernieuwde Haviltex-formule (nu genaamd DSM-Fox! Met 50% meer tekstuele uitleg!) en de onderhand alweer gedateerde omkeringsregel.<sup>3</sup> Het nagenoeg volkomen gebrek aan publieke belangstelling voor de ontwikkelingen in de richting van een mogelijk 'Europees BW' moge dienen als toereikende onderbouwing van deze bloot feitelijke stelling. Ten overvloede zij gewezen op de maatschappelijk geruisloze invoering van het BW<sup>4</sup> en, recenter, het herziene burgerlijk procesrecht.

Afwezigheid van maatschappelijke onvrede leidt eveneens tot politieke rust. Dit past bij de zelfopvatting van civilisten, die zich grotendeels als technici beschouwen die zich druk maken over kwesties waar de

2. Tegen de Nederlandse taal in, doch aansluitend bij de traditie, kenmerk ik het recht als vrouwelijk.

3. Een nieuwe rage wordt wellicht de heropgestane relativiteitsleer.

4. Ondanks de toenmalige oppositie (waarover uitvoerig Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, 1996), die ten aanzien van Rv een korte, even vruchteloze, echo heeft gekend.

*Het civiel recht is te oud  
om sexy te zijn*

politiek zich niet mee heeft te bemoeien.<sup>5</sup> Wanneer de politiek in haar hoedanigheid van wetgever ineens een oprisping van activisme vertoont door onverhoeds een wetswijziging door te voeren, is de reactie die van een volière waar een kom vers voer wordt binnengedragen: eerst de opfladderende verontwaardiging over de verstoring van de vertrouwde orde, vervolgens een neerstrijken in gelatenheid dan wel nieuwsgierigheid ten aanzien van de verklaarde wil van de wetgever.<sup>6</sup> *Roma locuta, causa finita*. Civilisten zijn positivisten in hart en nieren, den Nederlandschen wetgever getrouwe.<sup>7</sup> De rechter heeft een dienende taak en maakt eerbiedig pas op de plaats voor de wetgever.

Het positivistische zelfbeeld van de civilist wordt weerspiegeld in het debat over het wetenschappelijk karakter van de rechtsgeleerdheid dat voornamelijk en vooral door civilisten wordt gevoerd. Immers in een positivistische opvatting is het recht afhankelijk van de contingente wil van de wetgever of de samenleving,<sup>8</sup> en hebben de vigerende rechtsregels bitter weinig universeels. Het wetenschappelijk karakter zoekt men dan veelal in empirische *input* (vroeger spraken we gewoon van blote feiten), in economische *parti pris* of andere wetenschappen, dan in de oude juridische boezem.

Dit zelfbeeld lijkt echter niet geheel juist. De burgerlijke rechter oordeelt niet zelden over politiek geladen kwesties.<sup>9</sup> Zulke oordelen worden maatschappelijk zonder morren geaccepteerd. Sterker nog, de rechter, ook de burgerlijke rechter, wordt ingeroepen ter bescherming tegen de Staat en de wisselvalligheden van de politiek.<sup>10</sup> Men vraagt van de rechter niet een navolging van de politiek maar een oordeel naar rechtvaardigheid. Dat wijst erop dat de gebruikelijke positivistische blik onjuist is. Het recht is niet louter techniek binnen de politieke kaders; de politiek zelf is veeleer gebonden aan de juridische kaders.

Het recht is dan ook meer dan het volgen van politieke of positivistische machtswoorden. Recht is ook meer dan de minimum-moraal van Hart of die wel zeer abstracte en voor de praktijk nietszeggende beginselen van Dworkin. Men kan spreken van intuïtie,<sup>11</sup> rechtvaardigheid, rechtsgevoel, een immanente moraal of ethiek. Men zou haast spreken van natuurrecht, maar die term is door jaren van positivistische indoctrinatie verdacht geworden. Het is vooral recht in deze zin dat object is van rechtswetenschap en dat grenzen kan stellen aan politiek. Een bescheiden aspect van dit recht toont zich in de bekommernis om de integriteit van het systeem van het recht.<sup>12</sup> De karakterisering van de wet als fiets<sup>13</sup> is voor het privaatrecht in zoverre treffend: zij dient een doel, maar heeft daartoe onderhoud. Voor dat onderhoud is de rechtsgeleerdheid onontbeerlijk. Het is zulk onderhoud dat in tijden van grote projecten weleens vergeten dreigt te worden.

Civilisten hebben het vaak over belangen in het recht, maar moeten het misschien eens hebben over het belang van het recht. Een rechtstaat die zichzelf serieus

neemt, moet ook het recht serieus nemen. Zo staat het recht zelfbewust tegenover en naast de politiek; niet dienend, niet heersend, maar beide een eigen plaats. ■

5. Bijv. Meijers, in: *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, p. 62-63, H. Drion, *BW-Krant Jaarboek 1996*, p. 22, vgl. Florijn, p. 127-131 over de 'vraagpunten-procedure'.

6. Zie de invoering van het huidige BW en Rv.

7. Dit geldt met name in de praktijk; meer beschouwelijke juristen hullen zich in het verkapt positivistische kleed van Dworkiniaanse snit.

8. Bijv. Haazens *democratische rechtsvindings-theorie* (*Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, diss. Tilburg 2001). De *Critical Legal Studies* beweging is hier de uiterste consequentie van.

9. Zie bijv. Asser/Vranken, nr. 223. Het gaat dan over kwesties die materieel-politiek zijn, niet partij-politiek (vergelijk hierover PG Boek 3, p. 45).

10. Met name, maar niet uitsluitend, in het kader van grond- of mensenrechten.

11. Zoals Sieburgh onlangs (NJB 2008, 3, afl. 1, p. 3).

12. Hijma, in *BW-Krant Jaarboek* nr. 21, Valk, *NTBR* 2007, 5, afl. 2, p. 45.

13. P.F. van der Heijden, *NJB* 2006, 1812, afl. 41, p. 2345.

# DE CONSTITUTIE

1. Inge C. van der Vlies is hoogleraar staats- en bestuursrecht, kunst en recht aan de Universiteit van Amsterdam en redacteur van dit blad.

682 **Prof. mr. I.C. van der Vlies<sup>1</sup>**

De Minister van Binnenlandse zaken pleit voor een nieuw eerste hoofdstuk in de Grondwet waarin de basiskenmerken van onze staatsinrichting, rechtsorde en nationale identiteit worden opgenomen.

Henk Krol pleit voor het expliciteren van het recht op gelijke behandeling voor homoseksuele mensen in het huidige eerste artikel.

Aleid Wolfsen pleitte voor het opnemen van de vrijheid van kunst. Andere Kamerleden wilden een artikel over het Nederlands. Weer anderen een artikel ter bescherming van de dieren.

De meeste mensen denken dat de vertrouwensregel inzake de bewindslieden en het parlement in de Grondwet is vastgelegd. Dat is niet het geval. Die gedachte kan wel eenvoudig gelezen worden als een impliciete wens.

Er ligt een initiatief-ontwerp dat het mogelijk moet maken dat de rechter de wetten aan de Grondwet toetst. Dat wetsvoorstel gaat mogelijk schipbreuk leiden in de Eerste Kamer.

Initiatieven tot een modernisering van de decentralisatie zijn stuk gelopen op de Grondwet.

Het echte burgemeestersreferendum is tegengehouden door de Grondwet.

Het afschaffen van de monarchie wordt tegengehouden door de Grondwet. Hetzelfde geldt voor het terugbrengen van de koninklijke functie tot een symbolische.

Het omstreden voorzitterschap van de Raad van State van de Koningin wordt gegarandeerd gecontinueerd vanwege de grondwettelijke bepaling.

Het bij de tijd brengen van de vrijheid van onderwijs wordt gestuit door de Grondwet.

Iets *willen* opnemen in de Grondwet heeft dus betekenis. De behoefte om de Grondwet te wijzigen, staat los van de juridische betekenis die de geschreven Grondwet zelf heeft. Burgers en ambtsdragers dragen bij aan de constitutie door aan te geven wat er eigenlijk in de Grondwet zou moeten staan.

Volgens de minister leeft de Grondwet niet echt. Maar hoe zou een Grondwet moeten leven? Alle punten die

de minister noemt, zijn immers wel bekend of in discussie. Waar de Grondwet werkelijk betekenis heeft, het tegenhouden van staatkundige vernieuwing, heeft de minister naar mijn schatting geen enkele behoefte aan een bezielende vernieuwing. De meeste Ministers van Binnenlandse Zaken krijgen immers hoofdpijn bij dossiers als het afschaffen van de monarchie, het toetsingsrecht, het veranderen van de verhouding tussen Rijk, provincie en gemeenten of de gekozen burgemeester. Slechts een enkele had er ooit zin in, maar zonder tastbaar resultaat, anders dan het eigen aftreden.

Een ander punt dat zou bijdragen aan het opstellen van een actuele Grondwet noemt de minister niet: de verhouding tot de Europese Unie. Het schrijven ervan levert vast aardige puzzels op. Voor de tekst zou immers moeten komen vast te staan wat Nederland precies over die verhouding zou mogen regelen. Anders dan bij het regelen van de eigen staatkundige verhoudingen heeft Nederland dat maar beperkt in de hand. Een aardig punt zou natuurlijk zijn de wijze waarop de ministers verantwoording moeten afleggen, of zelfs ambtenaren, over de Nederlandse inbreng voor de vorming van Europees beleid. Dat zou de politiek wellicht bezieling geven, hier zit immers een erkende lacune in democratische verantwoording, maar ik vrees dat de minister ook aan deze bezieling geen behoefte heeft. De regering en Staten-Generaal zijn er immers ook niet in geslaagd om de nationale ministeriële verantwoordelijkheid netjes in de Grondwet te regelen.

Aan andere vormen van bezieling in de Grondwet heb ik weinig behoefte. Van de door minister Ter Horst genoemde verplaatsing in de Grondwet van het tweede hoofdstuk naar het eerste van Amsterdam als hoofdstad of de grondwettelijke verankering van Den Haag als regeringsstad, gaat weinig stralends uit. De Nederlandse staatkundige identiteit ligt vast in de Grondwet en daarvan mogen we aannemen dat de minister die niet bezielend wil actualiseren. Dat is jammer, maar wel nuchter en realistisch. Wat zou de minister overigens aan identiteit grondwettelijk willen vastleggen? Zou dat de actuele verhitte debatten op een hoger niveau brengen? Dan zou ze een punt hebben.

Zowel politiek als juridisch beslaat de constitutie veel meer dan in de Grondwet staat. Constitutionele discussies kunnen ook worden gevoerd zonder grondwettelijke verankering, maar dat de wens tot vastlegging wat luider klinkt is niet zo merkwaardig. In tijden van verandering ontstaat de wens tot codificatie, die na-

*Volgens de minister leeft de Grondwet niet echt. Maar hoe zou een Grondwet moeten leven?*



tuurlijk weer aanleiding zal zijn tot verdere verandering.

Van der Heijden signaleert dat de waarborgfunctie die in het recht verscholen ligt tegen ongecontroleerde machtsuitoefening een van de allerbelangrijkste verworvenheden van de vrije burgers in onze samenleving is (*Recht in de Ramsj*, p. 115-116). Hij noemt daarbij niet de Grondwet. In het hele werk komt de Grondwet niet of nauwelijks voor. In het dagelijkse

maken van het recht is voor de waarborgfunctie van het recht vooral van belang dat de wetgever en het bestuur zich aan de rechtsbeginselen houden. Voor zover die rechtsbeginselen bestaan uit grondrechten, is de Nederlandse Grondwet nauwelijks van belang, gelet op het bovennationale recht. Wie beschermt die bredere rechtsorde? Toch maar weer eens een constitutioneel Hof voorstellen? Dat in de Grondwet opnemen, geeft vast bezieling. ■

# HET EUROPA VAN DE SUKKEL

1. Peter Wattel is  
advocaat-generaal bij  
de Hoge Raad,  
hoogleraar Europees  
belastingrecht aan de  
Universiteit van  
Amsterdam en  
redacteur van dit  
blad.

683 Prof. mr. P.J. Wattel<sup>1</sup>

Politiek is één groot complot tegen eenvoudige sukkels zoals u en ik, aldus Jan Blokker.

Maar het ontbreken van een complot heeft ook nadelen. Soms bestaat het politieke grootcomplot in een complot om niet te complotteren. Een soort *wetgeversstaking*. Dit verschijnsel doet zich in de EG voor op het terrein van de directe belastingen. Elke lidstaat koestert het unanimititeitsvereiste en de eigen soevereiniteit in belastingzaken, waardoor het vetorecht – gegeven een aantal van 27 lidstaten – een garantie is tegen totstandkoming van EG-wetgeving van betekenis op dat terrein. Intussen integreert Europa op andere terreinen juist dat het een aard heeft, zodat zich steeds vaker grote, ongeregelde en daardoor soms zeer ontregelende en politieke fiscale problemen voordoen, die aanvankelijk bij de nationale rechter terecht komen, die hen vroeg of laat prejudicieel over de schutting van het Hof van Justitie van de EG werpt (zoals één van mijn medewerkers eens antwoordde toen ik vroeg wat hij van het stellen van prejudiciële vond: ‘Prejudiciële vragen? Maar natuurlijk! Waarom heb ik daar niet aan gedacht? Dan zijn we minstens twee jaar van die zaak af!’).

De nadelen van de fiscale harmonisatiestaking zijn vele:

- belastingplichtigen/natuurlijke personen weten niet waar zij bij emigratie of werken of zakendoen over de grens aan toe zijn;

- het Europese bedrijfsleven ziet zich als gevolg van het moeten voldoen aan 27 verschillende nationale belastingstelsels op achterstand gezet in administratieve verplichtingen en dubbele-belastingrisico's ten opzichte van bedrijven met een Amerikaanse, Japanse of Chinese thuismarkt;
- de nationale belastingdiensten weten evenmin waar zij aan toe zijn;
- het HvJ EG moet als gevolg van de wetgeversstaking steeds meer en steeds vaker zeer technische – en vaak door bilaterale verdragen én ondoorgrondelijke nationale antimisbruikregels beheerste – fiscale kwesties doorgronden én beoordelen op interne-marktrechtelijke merites, zulks met geen ander houvast dan de algemeenheden van het primaire EG-recht (non-discriminatie, belemmeringenverbod, *level playing field*, wederzijdse erkenning, effectiviteit van EG-recht, enz.). Die zijn te vaag of ongeschikt om vragen mee te beantwoorden over – bijvoorbeeld – de fiscale (niet-)attrekbaarheid in Duitsland van valutaverliezen op de Italiaanse lire, geleden in een Italiaans filiaal van een Duits bedrijf waarvan de Italiaanse filiaalwinsten (en dus ook de verliezen) ingevolge het Italiaans-Duitse belastingverdrag in Duitsland zijn vrijgesteld. 's Hof's eigen eerdere jurisprudentie is overigens niet zelden eerder een last dan een hulp bij nieuwe zaken omdat die nieuwe zaken juist

*Soms bestaat het politieke grootcomplot in een complot om niet te complotteren. Een soort wetgeversstaking*

- vaak de niet-voorzien consequenties blootleggen van die eerdere – flinke, maar fiscaal niet steeds op consequenties doordachte – rechtspraak;
- de nationale wetgevers, die evenmin ander hout vast hebben dan diezelfde casuïstische en inconsistente rechtspraak van het HvJ EG en diezelfde *sweeping statements* van het primaire EG-recht, en die daardoor – maar dat is dus grotendeels eigen schuld – gedwongen zijn een budgettair casino-wetgevingsbeleid te voeren: tijdens de termijn van beantwoording van prejudiciële vragen (twee jaren) moeten zij gokken of zij de wet – anticiperend op een voor hen budgettair ongunstig arrest – alvast zullen aanpassen of juist – speculerend op een gunstige afloop – niets zullen doen; in beide gevallen kunnen ze het precies verkeerd blijken te hebben gedaan;
  - de nationale Ministers van Financiën, die door die moeilijk te voorspellen rechtspraak geregeld geconfronteerd worden met in de papieren lopende budgettaire consequenties die leiden tot (i) het wegbezuinigen van iets, of (ii) belastingverhoging elders, of (iii) het oplopen van het financieringstekort (met mogelijke stabiliteitspactsancties die alleen maar tot meer tekort zullen leiden; en dus tot meer sancties, die weer ...);
  - de harmonisatievoorstellen van de Commissie blijven dood voor de kast liggen; zij ziet zich genoodzaakt met infractieprocedures en *soft law* ('mededelingen') interpretatief achter de casuïstische rechtspraak van het Hof aan te hobbelen.

Aangezien iets dat politiek noodzakelijk is, gebeurt en aangezien iets *niet* gebeurt als het politiek noodzakelijk is dat het niet gebeurt, moeten wij concluderen dat het – ondanks de opgesomde handen in het haar – politiek blijkbaar aantrekkelijker is om geen wet te geven dan om dat wel te doen. De opgesomde bezwaren zijn kennelijk politiek geen te hoge prijs voor het nationale fiscale soevereiniteitsgevoel.

Het opmerkelijke gevolg van een en ander is juist een nationaal soevereiniteitsverlies: het vasthouden aan het vermeende primaat van de nationale politiek leidt juist tot een *Europe des juges et des contribuables*. Door een nationale politiek te voeren die zich kenmerkt door het ontbreken van een Europese politiek, geven de lidstaten het Europese fiscale beleid in feite uit handen aan de markt en aan de rechter. Belastingplichtigen doen steeds vaker, breder en creatiever beroep op EG-Verdragsvrijheden voor hun nationale rechters, die op hun beurt hun eigen beleid voeren bij het al dan niet stellen van prejudiciële vragen,<sup>2</sup> waar-

na het HvJ EG op zijn beurt weer eigen beleid voert bij het beantwoorden daarvan. Dat Hof doet dat overigens (i) zonder parlementaire controle op budgettaire consequenties,<sup>3</sup> (ii) zonder hoger beroep, en vooral: (iii) zonder mogelijkheid voor de lidstaten om daar (gezaamenlijk: als EG-wetgever) nog van af te wijken door middel van positieve integratie, want 's Hofs interpretatie van de EG-Verdragsvrijheden is, net als die Verdragsvrijheden zelf, primair EG-recht, waarvan niet bij secundair EG-recht (Richtlijn) afgeweken kan worden. Hier kan de politiek het aan de rechter afgestane terrein dus slechts terugwinnen door een Verdragswijziging, al dan niet na maximaal 27 nationale referenda. Aangezien een belastingplichtige sukkel zoals u en ik aan het begin van deze keten staat – er het initiatief toe moet nemen – is daarmee de Europese directebelastingpolitiek deels geprivatiseerd. Voor een ander deel is die politiek gejustitialiseerd. De rechtspraak van het HvJ EG verraaft ook een duidelijke agenda: tot zo'n drie jaar geleden heeft het Hof een duidelijke activistische fiscale integratiekoers gevaren (men kon veilig zijn geld zetten op winst voor de belastingplichtige, ongeacht interjurisdictioneel onverdedigbare resultaten). De laatste drie jaren zwaait de slinger echter terug, al dan niet als gevolg van doorbrekend inzicht dat het Hof niet bevoegd is tot fiscale jurisdictietoewijzing en andere politieke keuzes, en niet geëquipeerd is om ze te overzien, en al dan niet als gevolg van uitbreiding en wijziging van de personele samenstelling van het Hof. Tegenwoordig lijkt men zijn geld in prejudiciële fiscale zaken beter op de desbetreffende lidstaat te kunnen zetten. Maar veel nationale maatregelen zijn onverenigbaar verklaard met de EG-Verdragsvrijheden en het Hof heeft nooit met zoveel woorden een eerder fiscaal arrest teruggedonnen.

Die onverenigbaarverklaringen zijn vervolgens door de Commissie op haar beurt aangegrepen voor de uitvoering van *haar* coördinatieagenda (bij gebreke van medewerking aan uitvoering van haar harmonisatieagenda): na een onverenigbaarverklarend arrest van het Hof deed en doet de Commissie een constitutioneel ongedefinieerde 'mededeling' (*soft law*) uitgaan waarin de betekenis van het arrest voor de lidstaten (volgens de Commissie) wordt uiteengezet en waarin maatregelen worden aanbevolen. Wordt daar door de lidstaten onvoldoende gehoor aan gegeven, dan wordt een infractieprocedure ingeleid tegen de desbetreffende staten.

Daarnaast leidt de Commissie steeds vaker een infractieprocedure in op basis van klachten die belastingplichtigen indienen bij de Commissie, waardoor andere belastingplichtigen weer gestimuleerd worden om klachten in te dienen, want infractieprocedures zijn voor de burger/het bedrijf veel sneller, goedkoper en effectiever dan procederen voor de nationale rechter en die proberen te bewegen prejudiciële vragen te stellen. Hoewel er uiteraard een eigen beleidsafweging van de Commissie tussen zit, is ook hier sprake van privatisering van het fiscale beleid in Europa. Ook

2. *Waarom is er nog nooit een prejudiciële fiscale vraag gesteld door een Italiaanse of Spaanse rechter? Zou het werkelijk zo zijn dat men in die landen de fiscale kat EG-rechtelijk geheel en al in het bakkie heeft hoewel alle landen waaruit wél vragen rijzen, voortdurend veroordeeld worden?*

3. *Dit bezwaar kan men relativeren met een citaat van Gerald Barzan: Taxation with representation ain't so hot either.*

hier heeft een eenvoudige sukkel zoals u en ik het initiatief.

Aldus is bij gebrek aan een behoorlijk complot de politiek (de wetgever) op dit terrein grotendeels vervan-

gen door de burger en de rechter, waarbij de burger het initiatief heeft. Het lijkt mij dat een eenvoudige sukkel zoals U en ik daar best ingenomen over kan zijn. ■



Aanbevolen citeerwijze:

NJB 2008, ... (nummer uitspraak)

Europees Hof voor de Rechten van de Mens	792
Hof van Justitie EG	793
Hoge Raad (civiele kamer)	793
Hoge Raad (strafkamer)	795
Hoge Raad (belastingkamer)	798
Raad van State	799
Centrale Raad van Beroep	802

## EUROPEES HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS

Deze rubriek wordt verzorgd door onderzoekers van het dept. Publiekrecht en het dept. Strafrecht van de Universiteit Leiden alsmede door M. Kuijer (Directie Wetgeving, Ministerie van Justitie; Vrije Universiteit Amsterdam). Een selectie van de uitspraken van het EVRM verschijnt uiteindelijk in Reports of Judgments and Decisions. Voorlopige versies van alle uitspraken staan op [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

**684** 22 januari 2008, appl.  
nr. 43546/02

**Art. 8 jo. art. 14 EVRM. Weigering eenouderadoptie aan lesbische vrouw levert verboden onderscheid naar seksuele gerichtheid op. 'Very weighty reasons'-test. Geen objectieve en redelijke rechtvaardiging.**

(EVRM art. 8, 14, 41)

*E.B.,  
tegen  
Frankrijk.*

### A. FEITEN

E.B. is sinds 1985 werkzaam als lerares op een kleuterschool. Sinds 1990 heeft zij een stabiele relatie met een vrouw, R., waarmee zij echter niet samenwoont. In 1998 dient E.B. een verzoek in bij de Franse autoriteiten om toestemming voor de internationale adoptie van een kind (eenouderadoptie). In haar verzoek maakt ze melding van haar seksuele oriëntatie en van haar relatie met R. Het verzoek wordt beoordeeld door verschillende deskundigen, die alle in hun rapporten aandacht besteden aan het feit dat R. niet direct betrokken wil zijn bij de opvoeding van het kind en dat E.B. zowel de moederrol als de vaderrol voor het kind

zal moeten vervullen. Ook vermelden zij dat onvoldoende zorg gedragen is voor de aanwezigheid van een mannelijk rolmodel of tenminste een 'stable and reliable parental referent'. De deskundigen adviseren op deze gronden om geen toestemming te geven voor adoptie. Dit advies wordt overgenomen door de bevoegde autoriteiten. Tegen de afwijzing van het adoptieverzoek gaat E.B. in beroep. In eerste aanleg wordt zij in het gelijk gesteld. De rechtbank acht de gegeven redenen niet toereikend om de afwijzing te rechtvaardigen, vooral nu het dossier laat zien dat E.B. onbetwiste persoonlijke kwaliteiten heeft voor het opvoeden van kinderen. In hoger beroep wordt deze uitspraak vernietigd onder verwijzing naar de hiervoor kort weergegeven deskundigenadviezen. Het Conseil d'Etat, oordelend in laatste instantie, laat deze uitspraak in stand.

### B. PROCEDURE IN STRAATSBURG

Op 2 december 2002 dient E.B. een klacht in bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, waar zij stelt dat zij tijdens alle fasen van de procedure om toestemming voor adoptie te verkrijgen slachtoffer is geweest van discriminatie op grond van haar seksuele gerichtheid en dat (daardoor) inbreuk is gemaakt op haar recht op bescherming van haar privéleven. De President van de Grote Kamer honoreert haar verzoek om anoniem te blijven. De Kamer aan wie de zaak is toegewezen doet op 19 september 2006 afstand van rechtsmacht ten gunste van de Grote Kamer. Het Hof accepteert, op basis van Rule 44 § 2, een schriftelijke interventie van prof. R. Wintemute uit naam van een viertal non-gouvernementele organisaties. Op 14 maart 2007 vindt een hoorzitting in de zaak plaats.

### C. UITSpraak VAN HET HOF

(Grote Kamer: Rozakis (President), Costa, Bratza, Zupančič, Lorenzen, Tulkens, Loucaides, Cabral Barreto, Türmen, Ugrekheidze, Mularoni, Steiner, Fura-Sandström, Myjer, Jočiené, Popović, Jebens)

#### i. Toepasselijkheid van artikel 8 jo. artikel 14 EVRM

Het Hof stelt vast dat het begrip 'gezinsleven' als vermeld in artikel 8 EVRM niet als zodanig een recht op adoptie inhoudt en evenmin het recht omvat om een gezin te stichten. Artikel 8 verwijst echter ook naar het bredere concept 'privéleven', dat onder meer het vestigen en ontwikkelen van rela-

ties met anderen omvat. Het Hof acht het niet nodig om in dit geval te beoordelen of een recht op adoptie als zodanig wordt beschermd door dit recht op respect van het privéleven. Als een staat door het erkennen van een recht op eenouderadoptie verder is gegaan dan artikel 8 strikt genomen vereist – een mogelijkheid die door artikel 53 EVRM wordt geboden – vereist artikel 14 EVRM hoe dan ook dat dit recht zonder discriminatie wordt toegekend.

#### ii. Inhoudelijke beoordeling van de klacht

De afwijzing van de toestemming voor adoptie is volgens het Hof door twee hoofdredenen ingegeven. Allereerst hebben de nationale autoriteiten verwezen naar het ontbreken van een vaderlijke referent in het huishouden van degene die het kind zou adopteren. Hoewel het Hof deze verwijzing niet als zodanig onacceptabel vindt, stelt het vast dat deze onaanvaardbare consequenties kan hebben in een geval als dat van E.B.. De redenering van de autoriteiten vereist immers dat een aanvrager de aanwezigheid aantoonde van een referent van de andere sekse in de onmiddellijke omgeving van het kind, waardoor het risico bestaat dat het recht van alleenstaanden om een kind te adopteren feitelijk ineffectief wordt gemaakt. Bovendien kan deze grond dienen als voorwendsel om de aanvraag af te wijzen vanwege seksuele oriëntatie.

De tweede reden voor de afwijzing betreft het gegeven dat de partner van E.B. – R. – zich niet geïnteresseerd heeft getoond aan het verzoek om toestemming tot adoptie. Het Hof acht het legitiem dat de autoriteiten waarde hechten aan dit gegeven bij de beoordeling of E.B.'s thuissituatie voldoende waarborgen verschaft om een adoptiekind een goede omgeving te kunnen bieden. Het Hof ziet geen aanleiding om te veronderstellen dat klaagsters seksuele gerichtheid bij deze reden voor afwijzing een rol heeft gespeeld.

Het Hof stelt vervolgens vast dat de beide afwijzingsgronden onderdeel hebben uitgemakt van de algehele beoordeling van de situatie van E.B. De gronden moeten dan ook niet afzonderlijk, maar in samenhang worden beoordeeld. Daarbij geldt dat de illegitimiteit van één van de gronden de beslissing als geheel aantast. In dit verband oordeelt het Hof dat de nationale rechters moeite hebben gedaan om uit te leggen dat bij de afwijzing weliswaar rekening is gehouden met klaagsters seksuele oriëntatie, maar dat dit niet de eigenlijke



basis vormde voor de beslissing. De wijze waarop sommige meningen door de nationale autoriteiten naar voren zijn gebracht, maakt volgens het Hof echter de conclusie onontkoombaar dat E.B.'s seksuele gerichtheid, zij het niet expliciet, voortdurend van invloed is geweest op de besluitvorming over haar verzoek en de rechterlijke uitspraken daarover. E.B. is daardoor het slachtoffer van een ongelijke behandeling gebaseerd op seksuele gerichtheid.

Een dergelijke ongelijke behandeling is alleen toelaatbaar als daarvoor bijzonder overtuigende en zwaarwegende redenen ter rechtvaardiging worden aangevoerd. Als deze redenen uitsluitend verband houden met overwegingen betreffende seksuele gerichtheid, is het onderscheid hoe dan ook ongeoorloofd. De door de Franse regering aangevoerde rechtvaardiging acht het Hof in dit licht onvoldoende overtuigend en zwaarwegend. Daarbij overweegt het Hof dat klaagster volgens de autoriteiten over onbetwiste persoonlijke capaciteiten beschikt om een kind op te voeden. Het Hof concludeert dat discriminatoire overwegingen op onacceptabele wijze ten grondslag hebben gelegen aan de afwijzing van het verzoek.

## D. SLOTSOM

De Grote Kamer verklaart de zaak unaniem ontvankelijk. Met tien stemmen tegen zeven oordeelt de Grote Kamer dat sprake is van een schending van artikel 14 jo. artikel 8 EVRM. Met elf stemmen tegen zes besluit de Grote Kamer aan E.B. € 10 000 toe te kennen als vergoeding van immateriële schade en een bedrag van € 14 528 vanwege de gemaakte proceskosten.

Aan de uitspraak van het Hof is een *dissenting opinion* gehecht van rechter Costa, ondersteund door rechters Türmen, Ugrekhelidze en Jočiené, een *dissenting opinion* van rechter Zupančič, een *concurring opinion* van rechters Lorenzen en Jebens, een *dissenting opinion* van rechter Loucaides en een *dissenting opinion* van rechter Mularoni. ■

## HOF VAN JUSTITIE EG

Deze rubriek wordt verzorgd door prof. mr. R. Barents (Hof van Justitie). De uitspraken zijn te raadplegen op <http://curia.europa.eu/>.

**685** 26 februari 2008, C-506/06

**Sociale politiek – Richtlijnen 92/85 en 76/207 – ontslagverbod zwangere werknemers – in vitro bevruchting – gelijke behandeling mannelijke en vrouwelijke werknemers.**

(Richtlijn 92/85; Richtlijn 76/207)

Mayr

### A. FEITEN

Nadat bij Mayr, werkzaam als serveerster, op 8 maart 2005 een eicelpunctie was verricht, werd zij voor de periode tot 13 maart ziek geschreven. Op 10 maart werd zij ontslagen. Op diezelfde dag werden de eicellen bevrucht, die vervolgens op 13 maart in de baarmoeder werden geplaatst. Deze gebeurtenissen waren voor het Oberster Gerichtshof (Oostenrijk) aanleiding het Hof te vragen of een werknemer die een in-vitrofertilisatiebehandeling ondergaat een zwangere werknemer in de zin van richtlijn 92/85 (ontslagbescherming zwangere werknemers) is, wanneer ten tijde van de ontslagaanzegging de eicellen al zijn bevrucht, maar nog niet zijn teruggeplaatst.

### B. UITSPRAAK

Artikel 10 van richtlijn 92/85 voorziet onder meer in een ontslagverbod voor werknemers gedurende de periode vanaf het begin van de zwangerschap tot aan het einde van het zwangerschapsverlof, behalve in uitzonderingsgevallen die geen verband houden met hun toestand. In dat geval dient het ontslag schriftelijk te worden aangezegd onder vermelding van gegronde redenen. Volgens het Hof is deze bepaling niet van toepassing omdat in de lidstaten uiteenlopende maximum termijnen bestaan voor het bewaren van bevruchte eicellen, in Oostenrijk een periode van tien jaar. Dit zou tot gevolg kunnen hebben dat de bescherming zelfs wordt toegekend wanneer de terugplaatsing om een of andere redenen verscheidene jaren wordt uitgesteld of wanneer in-vitrofertilisatie enkel als voorzorg heeft plaatsgevonden en definitief van

terugplaatsing is afgezien. Wel van toepassing is echter richtlijn 76/207 (gelijke behandeling mannen en vrouwen in arbeid en beroep). Als Mayr daadwerkelijk vanwege de in-vitrobehandeling is ontslagen – wat de nationale rechter moet nagaan – dan is er sprake van discriminatie in de zin van die richtlijn omdat in-vitrobehandelingen alleen bij vrouwen kunnen plaatsvinden. Ontslag van een werknemer wegens een dergelijke behandeling in de periode tussen de eicelpunctie en de onmiddellijke terugplaatsing van de bevruchte cellen in de baarmoeder is daarom in strijd met de artikelen 2, lid 1 en 5, lid 1 van richtlijn 76/207. ■

## HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

Deze rubriek wordt verzorgd door mr. G.C.C. Lewin, lid van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba. De uitspraken zijn integraal in te zien op [www.kluwer.nl/juristen](http://www.kluwer.nl/juristen) (Hoge Raad, civiel) en [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

**686** 29 februari 2008, C06/193HR

**(Mrs. J.B. Fleers, P.C. Kop, A. Hammerstein, F.B. Bakels en W.D.H. Asser; A-G mr. J. Spier)**  
**JOL 2008, 163**  
**LJN BC1855**

**Afgebroken onderhandelingen. Voor vergoeding van het positief contractsbelang bij afgebroken onderhandelingen is geen plaats wanneer de wederpartij van degene die de onderhandelingen afbrak niet erop mocht vertrouwen dat in ieder geval enigelei contract uit de onderhandelingen zou resulteren.**

(BW art. 6:74, 6:162, 6:248)

*Eiseres (de kandidaat koper), adv. mr. W.E. Pors, tegen Shell Nederland Verkoopmaatschappij B.V., adv. mr. M. Ynzonides.*

### FEITEN EN PROCESVERLOOP

Partijen hebben onderhandelingen gevoerd over de verkoop door Shell aan eiseres van de aandelen van vennootschap A. A exploiteert tankstations. Na ondertekening

van een intentieovereenkomst op 11 mei 1999 en een due diligence onderzoek heeft Shell bij fax van 16 juli 1999 aan eiseres meegedeeld de onderhandelingen als beëindigd te beschouwen. In oktober 1999 heeft Shell de aandelen van A verkocht aan het management van A en aan een derde partij.

Het hof heeft de vordering van eiseres tot vergoeding van het negatief contractsbelang (ad f 950 000) toegewezen, maar de vordering tot vergoeding van het positief contractsbelang afgewezen. Het heeft daarbij overwogen dat op het moment waarop Shell de onderhandelingen afbrak, bij eiseres niet het gerechtvaardigd vertrouwen kan hebben bestaan dat enige overeenkomst tot stand zou komen. Voorts heeft het overwogen dat

is gebleken dat de directeur van A de schijnbare onrust bij pomphouders in scène heeft gezet om de overname van A door eiseres te verhinderen en A vervolgens zelf over te nemen. Dit leidt echter niet tot een andere uitkomst, omdat ervan moet worden uitgegaan dat deze handelwijze van de directeur van A niet aan Shell kan worden toegerekend.

## HOGE RAAD

Het cassatiemiddel voert aan dat de door de directeur van A gepleegde fraude wel aan Shell moet worden toegerekend. Het middel keert zich niet tegen de overweging waarin het hof – in het licht van de gedingstukken alleszins begrijpelijk – heeft geoordeeld dat op het moment waarop Shell de onderhandelingen afbrak, bij eiseres niet het gerechtvaardigd vertrouwen kan hebben bestaan dat enige overeenkomst tot stand zou komen. Onder deze omstandigheden heeft eiseres geen belang bij beoordeling van de klachten. Zelfs indien deze gegrond zouden zijn, kunnen zij niet tot cassatie leiden omdat voor vergoeding van het positief contractsbelang bij afgebroken onderhandelingen geen plaats is wanneer de wederpartij van degene die de onderhandelingen afbrak niet erop mocht vertrouwen dat in ieder geval enigerlei contract uit de onderhandelingen zou resulteren.

Volgt verwerping, overeenkomstig de conclusie van de A-G.

*De A-G vermeldt onder 4.4 literatuur over de rechtsgrond van de vordering tot schadevergoeding bij afgebroken onderhandelingen en onder 3.4.1-3.4.3 rechtspraak over de vraag in hoeverre een dergelijke*

*vordering toewijsbaar kan zijn buiten het geval dat de wederpartij erop mocht vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zou komen.* ■

**687** 29 februari 2008, C06/256HR  
(Mrs. A.M.J. van Buchem-Spapens, J.C. van Oven en C.A. Streefkerk; A-G mr. L. Strikwerda)  
**JOL 2007, 164**  
**LJN BB8864**

**Onbegrijpelijke beslissing van de kantonrechter: in het dictum is een bedrag toegewezen dat blijkens een overweging zou worden afgewezen.**

(RO art. 80 lid 1)

*Eiser (de ziekenfondsverzekerde), adv. mr. J. Groen, tegen Algemeen Ziekenfonds De Volharding U.A., niet verschenen.*

## HOGE RAAD

Het bedrag van € 450 tot betaling waarvan de kantonrechter eiser heeft veroordeeld, omvat blijkens rov. 4 van het vonnis mede het bedrag van € 180 aan buitengerechtelijke incassokosten. In rov. 7 heeft de kantonrechter evenwel overwogen dat de gevorderde buitengerechtelijke incassokosten zullen worden afgewezen. In dat licht is niet begrijpelijk dat desalniettemin het bedrag van € 450 is toegewezen.

De Hoge Raad doet zelf de zaak af door € 270 in plaats van € 450 toe te wijzen (en veroordeelt Azivo in de kosten van het geding in cassatie ad € 3062).

*De A-G vermeldt onder 6 dat een niet-appellabele uitspraak van de kantonrechter niet met rechtsklachten kan worden bestreden, behoudens de hier niet toepasselijke uitzondering die is bedoeld in HR 16 maart 2007, NJ 2007, 637 (Johannes/Baranco).* ■

**688** 29 februari 2008, R06/098HR  
(Mrs. D.H. Beukenhorst, O. de Savornin Lohman, A.M.J. van Buchem-Spapens, J.C. van Oven en W.D.H. Asser; A-G mr. L. Timmerman)  
**JOL 2008, 162**  
**LJN BC2199**

**Antilliaanse zaak. De aandelen van een vennootschap worden verkocht. Een zustervennootschap van de koper doet beta-**

**lingen ten behoeve van de vennootschap en vordert die van de vennootschap terug, stellende dat de betaalde bedragen zijn voorgeschoten. Verder sluiten de zustervennootschap van de koper en de vennootschap een overeenkomst die namens beide partijen wordt ondertekend door dezelfde persoon als (middellijk) bestuurder. HR: 1. Subrogatie. Voor subrogatie in de zin van art. 6:150 aanhef en onder d BW is vereist dat de overeenkomst tussen de derde die de vordering voldoet en de schuldenaar strekt tot subrogatie, en dat de wetenschap van de schuldeiser ziet op een tot subrogatie strekkende overeenkomst. 2. Grenzen rechtsstrijd. Het hof is tweemaal buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden door feitelijke gronden aan te vullen. 3. Tegenstrijdige belangen. Voor de toepassing van art. 124 WvK NA (oud)/art. 2:146 BW is niet vereist dat de rechtshandeling daadwerkelijk tot benadeling van de vennootschap zal leiden, doch is voldoende dat de bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming.**

(BW art. 2:146, 6:150 aanhef en onder d; WvK NA (oud) art. 124), Rv art. 25, Rv NA art. 52)

*Café Bar Caribbean N.V. (CBC, de verkochte vennootschap), adv. mr. J.W.H. van Wijk, tegen verweerster (de betaler), adv. mr. D.M. de Knijff.*

## FEITEN EN PROCESVERLOOP

Bij overeenkomst van 25 april 2003 zijn de aandelen van CBC verkocht. In art. 4.3 van de koopovereenkomst heeft de koper zich verbonden ervoor zorg te dragen dat voldoende fondsen beschikbaar zouden zijn om de vorderingen van een crediteur op CBC te voldoen. In een overeenkomst van 11 juli 2003 tussen CBC en verweerster (partijen bij dit geding) is vermeld dat verweerster (die een zustervennootschap is van de koper) NAF 364 030 heeft betaald, verband houdende met het hiervoor genoemde art. 4.3 en bestemd voor bedoelde crediteur, en dat CBC dit uiterlijk op 15 augustus 2003 dient terug te betalen. De overeenkomst is namens beide partijen ondertekend door dezelfde persoon, die

op dat moment zowel managing director is van verweerster als van de vennootschap die CBC bestuurt. Bij aanvullende overeenkomst tussen de partijen bij de koopovereenkomst van 25 april 2003 is bepaald dat CBC uiterlijk op 12 juni 2003 een bedrag van NAF 75 000 aan de verkoper dient terug te betalen. Verweerster heeft dit bedrag aan de verkoper betaald. Verder heeft verweerster op 26 juni 2003 in totaal NAF 5250 betaald aan vijf werknemers van CBC als het hun toekomstige salaris.

In dit geding vordert verweerster de veroordeling van CBC tot betaling van het totaal van de hiervoor genoemde bedragen, stellende dat verweerster die bedragen heeft voorgesloten. Het hof heeft het toewijzende vonnis van het gerecht in eerste aanleg bekrachtigd, overwegende dat is voldaan aan de vereisten van subrogatie in de zin van art. 6:150, aanhef en onder d, BW en dat CBC ook uit hoofde van de overeenkomst van 11 juli 2003 gehouden is tot terugbetaling van NAF 364 030. Die overeenkomst acht het hof rechtsgeldig, nu geen sprake is van tegenstrijdige belangen.

## HOGE RAAD

Onderdeel 1 voert aan dat het hof heeft miskend dat voor subrogatie in de zin van art. 6:150, aanhef en onder d, BW niet voldoende is dat de overeenkomst tussen de derde die de vordering voldoet en de schuldenaar ertoe strekt dat de schuldenaar wenst dat de vordering wordt voldaan en de derde bereid is de vordering te voldoen, maar vereist is dat die overeenkomst tevens ertoe strekt dat de vordering van de schuldeiser bij wege van subrogatie overgaat op de derde. Het onderdeel is terecht voorgesteld. Nu het hof niet heeft geoordeeld dat een overeenkomst is gesloten die strekt tot subrogatie, is het bestreden oordeel onjuist. Dit brengt mee dat de onderdelen 2, 3 en 6 eveneens slagen omdat aan het in art. 6:150, aanhef en onder d, BW bedoelde vereiste van wetenschap van de schuldeiser eerst is voldaan wanneer die wetenschap ziet op een overeenkomst die ertoe strekt dat de derde wordt gesubrogeerd in de rechten van de schuldeiser jegens de schuldenaar.

Onderdeel 1.4 klaagt dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden door ten aanzien van het bedrag van NAF 364 029,58 aan te nemen dat sprake was van subrogatie. De gedingstukken laten geen andere uitleg toe dan dat verweer-

ster zich met betrekking tot de onderhavige vordering slechts op de overeenkomst van 11 juli 2003 heeft beroepen, zodat de klacht gegrond is.

Onderdeel 4 betoogt dat het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat slechts sprake is van tegenstrijdige belangen indien blijkt dat de vennootschap als gevolg van de betrokken rechtshandeling enig nadeel dreigt te lijden. Dit onderdeel is gegrond. De strekking van het hier toepasselijke art. 124 WvK NA (oud) – dat (vrijwel) gelijk is aan art. 2:146 BW – is te voorkomen dat de bestuurder bij zijn handelen zich (met name) laat leiden door zijn persoonlijk belang in plaats van (uitsluitend) het belang van de vennootschap dat hij heeft te dienen. De bepaling strekt in de eerste plaats tot bescherming van het belang van de vennootschap door de bestuurder de bevoegdheid te ontfangen de vennootschap te vertegenwoordigen als hij door de aanwezigheid van een persoonlijk belang of door zijn betrokkenheid bij een ander met dat van de rechtspersoon niet parallel lopend belang niet in staat moet worden geacht het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht. Voor de toepassing van de bepaling is niet vereist dat de betrokken rechtshandeling daadwerkelijk tot benadeling van de vennootschap zal leiden, doch is voldoende dat de bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming. De vraag of een tegenstrijdig belang bestaat, kan slechts worden beantwoord met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval (HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 420 (*Bruil-Kombex/Bruil-Arnheim*)).

Onderdeel 5 klaagt dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden door te oordelen dat CBC geen voorafgaande schriftelijke goedkeuring van de aandeelhouder behoefde voor het aangaan van de overeenkomst van 11 juli 2003. Ook deze klacht is gegrond nu de gedingstukken geen andere uitleg toelaten dan dat verweerster niet het verweer heeft gevoerd dat voor het aangaan van de overeenkomst die goedkeuring niet vereist was, doch – in tegendeel – slechts dat de aandeelhouder

die goedkeuring had gegeven.

Volgt vernietiging en terugwijzing, overeenkomstig de conclusie van de A-G.

*Onder 2.3-2.6 bespreekt de A-G in welke gevallen een derde die een verbintenis van een schuldenaar nakomt, subrogeert in de rechten van de schuldeiser of buiten het geval van subrogatie het betaalde kan verhalen op de schuldenaar.* ■

Op 29 februari 2008 heeft de Hoge Raad in de volgende zaken het cassatieberoep verworpen met toepassing van art. 81 RO:

C06/258HR, LJN BC5382: onrechtmatige daad; gederfde makelaarscourtage;  
C06/271HR, LJN BC2769: opzegging; opdracht tot projectbegeleiding;  
C06/291HR, LJN BC1249: afgebroken onderhandelingen; huurovereenkomst;  
C06/305HR, LJN BC5423: onzorgvuldig peilbeheer waterschap;  
C06/315HR, LJN BC1251: ontbinding huurovereenkomst; hennepkwekerij.

## HOGE RAAD (STRAFKAMER)

Deze rubriek wordt verzorgd door prof. mr. J.C.M. Leijten, oud-advocaat-generaal bij de Hoge Raad en oud-redacteur van dit blad. Onder het bij het betrokken arrest vermelde JOL-nummer is de uitspraak integraal in te zien op [www.kluwer.nl/juristen](http://www.kluwer.nl/juristen) (Hoge Raad, straf).

**689** 26 februari 2008, nr. 01268/07  
(Mrs. Koster, Van Dorst, Van Schendel, Thomassen en Splinter-van Kan na conclusie van A-G Wortel tot verwerping van het beroep; adv. mr. G. Spong, Amsterdam)  
**JOL 2008, 159**  
**LJN BC3792**

In hoger beroep werd de verdachte veroordeeld tot een gevangenisstraf van vier maanden voorwaardelijk en een werkstraf van 200 uren wegens (1) overtreding van art. 6 van de Wegenverkeerswet 1994, terwijl het een ongeval betreft waardoor een ander lichamelijk letsel wordt toegebracht en (2) opzettelijk en wederrechtelijk enig goed, dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort, beschadigen. Voor feit (1) werd ook ontzegging van de bevoegdheid

motorrijtuigen te besturen opgelegd voor de duur van 24 maanden.

Het middel bevat de klacht dat 'het Hof heeft volstaan met het opmaken van een verkort proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep, zulks ten onrechte aangezien het opmaken van een uitgewerkt proces-verbaal voor de toetsing in cassatie van zodanig wezenlijk belang is dat verzuim daarvan in strijd is met de beginselen van een goede procesorde c.q. een eerlijk proces, hetgeen tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie dient te leiden.'

De Hoge Raad overwoog:

'3.2. Blijkens de op de voet van art. 434, eerste lid, Sv aan de Hoge Raad gezonden stukken van het geding, mist de klacht dat het Hof heeft volstaan met het opmaken van een verkort proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep, feitelijke grondslag, zodat het middel niet tot cassatie kan leiden.'

Naar de 'aantekeningen van de griffier, gemaakt bij gelegenheid van de behandeling van het hoger beroep' die waren zoekgeraakt, was lang maar vergeefs gezocht, evenals naar de griffier zelf (volgens de A-G) die het uiteindelijk tot stand gekomen proces-verbaal niet mede had ondertekend. Dat de zaak niet eenvoudig was, zoals de hiervoor opgenomen korte overweging van de Hoge Raad waarmee de zaak werd afgedaan, lijkt te suggereren, kan wellicht blijken uit het feit dat het arrest met vijf raadsheren is geweest. In de toelichting op het middel wordt erop gewezen dat 'door het ontbreken van een uitgewerkt proces-verbaal bijvoorbeeld niet adequaat valt na te gaan of door één dan wel beide procespartijen een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt in de zin van art. 359 lid 2 Sv naar voren is gebracht en zo ja, wat dat behelst.'

In zijn conclusie spreekt de A-G ook over een 'verkort proces-verbaal' en het hof nam in zijn arrest de volgende zinsnede op: 'Een verantwoordelijke reconstructie van hetgeen op de zitting van 24 maart 2006 is voorgevallen die wezenlijk meer behelst dan hetgeen vermeld is in het *verkort proces-verbaal* blijft daarom achterwege.'

Op grond van de inhoud van het aan de Hoge Raad gezonden geschrift, die is opgenomen in de conclusie van de A-G (elf punten onder 4) komt de Hoge Raad tot de beslissing dat niet is volstaan met het opmaken van een *verkort proces-verbaal*.

De Hoge Raad verwerpt, in hoofdzaak, het beroep.

(Sv art. 434 lid 1 Sv; EVRM art. 6) ■

**690** 26 februari 2008, nr. 02269/06  
(Mrs. Corstens, Balkema en De Hullu na conclusie van A-G Wortel tot verwerping van het beroep (lees: tot vernietiging van de bestreden uitspraak maar uitsluitend ten aanzien van de opgelegde straf; tot matiging daarvan wegens het overschrijden van de redelijke termijn in feitelijke instantie en tot verwerping van het beroep voor het overige); adv. mr. A.A. Franken, Amsterdam).  
*JOL* 2008, 161  
*LJN* BC0813

Wegens bedrieglijke bankbreuk, meermalen gepleegd werd de verdachte in hoger beroep veroordeeld tot 24 maanden gevangenisstraf.

Het aan de orde zijnde middel bevat twee klachten: (1) het klaagt allereerst over de verwerping door het hof van het verweer ten aanzien van feit 1, dat de verdachte verontschuldigbaar heeft gedwaald ten aanzien van de wederrechtelijkheid van dat feit en (2) wordt er in het middel over geklaagd dat de bewezenverklaring ontoereikend is gemotiveerd op de grond dat het faillissement van de verdachte niet ziet op de in de bewezenverklaring opgenomen, zich in België bevindende vermogensbestanddelen.

Het hof verwierp het beroep op verontschuldigbare dwaling, die hieruit zou bestaan dat de verdachte niet hoefde te weten dat het faillissement zich ook uitstreckte over bestanddelen van zijn vermogen in het buitenland (België) op gronden die volgens de Hoge Raad niet getuigen van een onjuiste rechtsopvatting en die ook niet onbegrijpelijk zijn. Aangevoerd was dat de verdachte 'had gehandeld op grond van informatie van zijn Belgische en Nederlandse advocaten en de mededeling van curator H. dat zijn faillissement onbevoegdlijk was uitgesproken en voorts slechts zag op zijn vermogen in Nederland'.

Ook de klacht dat het arrest van het hof ontoereikend is gemotiveerd, slaagt niet omdat, kort gezegd, het hof terecht heeft overwogen dat 'een faillissement ziet op, het gehele vermogen van de gefailleerde, waar het zich ook bevindt'.

(Sr art. 341, aanhef onder a sub 1e; Sv art. 350, 358, 359)

## HOGE RAAD, ONDER MEER:

4.1. In het eerste onderdeel van het middel wordt geklaagd over de verwerping door het Hof van het ten aanzien van feit 1 gevoerde verweer dat de verdachte verontschuldigbaar heeft gedwaald ten aanzien van de wederrechtelijkheid van dat feit.

Het tweede onderdeel van het middel bevat de klacht dat de bewezenverklaring ontoereikend is gemotiveerd op de grond dat het faillissement van de verdachte niet ziet op de in de bewezenverklaring opgenomen, zich in België bevindende vermogensbestanddelen.

4.2. Ten laste van de verdachte is onder 1 bewezen verklaard dat: (...)

4.3. Blijkens de aan het proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep gehechte pleitnota heeft de raadsman van de verdachte, voor zover voor de beoordeling van het middel van belang, het volgende aangevoerd:

'56. Met betrekking tot de bedrieglijke verkorting van de rechten van de schuldeisers in het faillissement van cliënt het volgende. Vereist is dat sprake is van wetenschap dat benadeling het gevolg is van de betrokken handeling.  
(...)

58. Cliënt is in november 1987 verhuisd naar België, hetgeen ook blijkt uit de inschrijving in het bevolkingsregister aldaar. Cliënt voldeed dus aan zijn verplichtingen van in- en uitschrijven.

59. Cliënt is op 18 december 1990 failliet verklaard door de rechtbank Assen. Hij woonde op dat moment dus al drie jaar in België, hetgeen hij ook had gemeld bij zijn vertrek uit de gemeente R. Het adres dat wordt genoemd in de uitspraak van de rechtbank was het adres van zijn ouders, met wie hij op dat moment geen contact had.

60. Cliënt heeft, ondanks het feit dat de oproeping en het vonnis niet aan hem zijn betekend, op enig moment kennis genomen van het vonnis. Een rechtsmiddel stond klaarblijkelijk niet meer open. Hij heeft zich toen over zijn positie laten voorlichten door Belgische en Nederlandse advocaten.

61. Nu cliënt in België woonde, kon hij naar Belgisch recht niet failliet worden verklaard.

In België kunnen alleen kooplieden failliet worden verklaard, maar geen



gewone natuurlijke personen. Cliënt is er dan ook, op grond van de door hem verkregen informatie van zijn advocaten, van uitgegaan dat het in Nederland uitgesproken faillissement in België geen werking had en een puur Nederlandse aangelegenheid was.

62. Hij is in dit idee nog gesterkt door de mededeling van zijn curator H, die aangaf dat hij alleen op Nederlands grondgebied bevoegd was.

63. Nu cliënt bij zijn weten bij zijn vertrek naar België (in 1987) geen schulden in Nederland had, kon hij bij zijn weten ook in Nederland niet failliet worden verklaard. Hij baseerde dit idee op de toelichting op artikel 2 van de Faillissementswet en de uitspraken van de HR 3 december 1982 (*NJ* 1983, 495) en het Hof Amsterdam 18 mei 1938, (*NJ* 1939, 142). Daarin las hij dat bij vertrek naar een land buiten het Rijk in Europa de rechtbank waarin de laatste woonplaats lag bevoegd is een faillissement uit te spreken. Voorwaarde is dan wel dat de schuldenaar bij zijn vertrek reeds één of meer schulden had jegens de schuldeiser die het faillissement heeft aangevraagd.

64. Volgens cliënt is de schuld aan de schuldeiser die het faillissement heeft aangevraagd ontstaan na zijn vertrek uit Nederland.

65. Al deze zaken leidden cliënt tot de conclusie dat hij niet failliet kon worden verklaard en dat het feit dat er wel een faillietverklaring lag, geen werking had jegens hem, nu dit faillissement onbevoegdlijk was uitgesproken.

66. Voor zover het faillissement dan wel rechtsgeldig zou zijn geweest, verkeerde cliënt in de veronderstelling dat het dan alleen zag op Nederland, zodat zijn eventuele bezitting buiten Nederland daar niet in betrokken waren.

67. Natuurlijk wordt een ieder geacht de wet te kennen, dat beseft cliënt ook. Omdat hij geen jurist is, heeft hij dus zodra hij hoorde van het uitgesproken faillissement zowel in Nederland als in België advocaten benaderd en de kwestie aan hen voorgelegd. De uitleg die hij kreeg gaf hem de zekerheid dat het faillissement ten aanzien van hem geen rechtskracht had. (...)

73. Subsidiair stelt de verdediging zich op het standpunt dat cliënt verschoonbaar heeft gedwaald ten aanzien van het recht. Cliënt meende immers – op grond van informatie van zijn Belgische en Nederlandse advocaten en de mededeling van curator H. – dat zijn faillissement onbevoegdlijk was uitgesproken en voorts slechts zag op zijn vermogen in Nederland. Hij meende op deze informatie af te mogen gaan, nu deze hem was verstrekt door experts in België en Nederland. Daarmee vervalt volgens de verdediging in elk geval de verwijtbaarheid van zijn handelen, hetgeen zou moeten leiden tot ontslag van alle rechtsvervolgung.

4.4. Het Hof heeft dat verweer in het bestreden arrest als volgt verworpen:

‘Een faillissement ziet op het hele vermogen van de gefailleerde, waar dit zich ook bevindt. Het Hof is van oordeel dat verdachte aan adviezen van zijn raadslieden – zo deze al gegeven zijn: verdachte heeft deze niet overgelegd – niet het gerechtvaardigd vertrouwen mocht ontlenen dat hij niet vatbaar was voor de gevolgen van een faillissement indien zijn vermogen zich in het buitenland zou bevinden. Het Hof verwerpt dit verweer.’

4.5. Bij de beoordeling van het middel moet het volgende worden vooropgesteld. De tenlastelegging is toegesneden op art. 341, aanhef onder a sub 1<sup>o</sup>, Sr. Die bepaling beoogt onder meer alle handelingen van de in staat van faillissement verklaarde, ter bedrieglijke verkorting van de rechten van zijn schuldeisers verricht, te treffen waardoor hetgeen rechtens onder bereik en beheer van de curator in het faillissement behoorde te komen, buiten diens bereik en beheer wordt gehouden. In verband hiermee moeten tot de boedel in de zin van dit artikel niet slechts worden gerekend de vermogensbestanddelen van de schuldenaar die feitelijk onder het bereik en het beheer van de curator in het faillissement zijn, maar ook die vermogensbestanddelen die daaronder behoren te komen. Het doel van de faillissementswet is door het faillissement een gemeenschappelijk verhaal op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers te verwezenlijken, waarbij het Nederlandse faillissement strekt ten bate van alle crediteuren van de schuldenaar, zowel Nederlanders

als vreemdelingen, ook die welke buiten Nederland woonachtig zijn. Dat doel bengt mee, dat de curator dat gehele vermogen, met inbegrip van gedeelten welke zich niet op Nederlands territorium bevinden, onder zijn bereik en beheer behoort te krijgen, behoudens in zoverre ten aanzien van enig vermogensbestanddeel dat zich in een ander land bevindt de rechtsorde van dat land zich daartegen mocht verzetten (HR 8 juni 1971, *LJN* AB4151, *NJ* 1971, 414).

4.6. Het Hof heeft de verwerping van het verweer doen voorafgaan door de overweging dat ‘een faillissement ziet op het gehele vermogen van de gefailleerde, waar het zich ook bevindt’. Die overweging strookt met het in het hiervoor onder 4.5 aangehaalde arrest geformuleerde uitgangspunt.

Voor zover het middel met een beroep op dat arrest beoogt dat de bewezenverklaring ontoereikend is gemotiveerd op de grond dat de zich in België bevindende vermogensbestanddelen niet tot de boedel behoorden ‘nu de Belgische rechtsorde zich daartegen verzet’, stuit het af op de omstandigheid dat niet blijkt dat een dergelijk bewijsverweer in hoger beroep is gevoerd. In cassatie kan dat verweer niet voor het eerst worden gevoerd, omdat het een onderzoek naar feitelijke aard vergt. Het tweede onderdeel van het middel faalt dus.

4.7. Bij de beoordeling van het eerste onderdeel van het middel moet voorts het volgende worden vooropgesteld (vgl. HR 4 april 2006, *LJN* AU4664, *NJ* 2007, 144). Voor het slagen van een beroep op dwaling ten aanzien van de wederrechtelijkheid van het bewezenverklaarde feit, is vereist dat aannemelijk is dat een verdachte heeft gehandeld in een verontschuldgbare onbewustheid ten aanzien van de ongeoorlooftheid van de hem verweten gedraging. Daarvan kan sprake zijn indien de verdachte is afgegaan op het advies van een persoon of instantie aan wie of waaraan zodanig gezag valt toe te kennen dat de verdachte in redelijkheid op de deugdelijkheid van het advies mocht vertrouwen. Bij de beoordeling van een daartoe strekkend verweer kunnen verschillende aspecten van belang zijn, waaronder in een geval als het onderhavige:

- de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de adviseur;
- de specifieke deskundigheid van de adviseur;
- de complexiteit van de materie waarover advies wordt ingewonnen;

– de precieze inhoud van de adviezen.

4.8. Het Hof heeft kennelijk geoordeeld dat hetgeen namens de verdachte in dit verband naar voren is gebracht onvoldoende is voor een doeltreffend beroep op rechtsdwaling, ook indien van de juistheid van het gestelde zou moeten worden uitgegaan. Dat oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting. Het is evenmin onbegrijpelijk, in het bijzonder in aanmerking genomen dat over de onafhankelijkheid, onpartijdigheid en specifieke deskundigheid van de adviseurs geen specifieke informatie naar voren is gebracht, terwijl over de inhoud van de adviezen slechts enkele algemene conclusies zijn verwoord, die bovendien niet rechtstreeks betrekking hebben op de vraag of de aan de verdachte verweten en bewezenverklaarde gedragingen wederrechtelijk waren.

4.9. Ook het eerste onderdeel van het middel is derhalve tevergeefs voorgesteld. Volgt, in hoofdzaak, verwerping van het beroep. ■

**691** 26 februari 2008, nr. 07/12919H  
(Mrs. Corstens, De Savornin  
Lohman en Thomassen; raadsman van  
de aanvrager mr. M.A. Buntsma,  
Breda)  
**JOL 2008, 160**  
**LJN BC5116**

#### Aanvraag herziening.

De aanvrager van herziening werd op 4 juni 2007 bij onherroepelijk geworden vonnis van de politierechter wegens poging tot zware mishandeling veroordeeld tot een werkstraf.

Hij vraagt herziening van dat vonnis aan en voert daartoe aan een schriftelijke verklaring van het slachtoffer van 22 oktober 2007, inhoudend dat niet de aanvrager maar een ander schuldig is aan dat feit.

De aanvraag wordt afgewezen omdat deze verklaring niet het ernstig vermoeden oplevert als bedoeld bij art. 457 Sv. De aanvrager had in twee gedetailleerde verklaringen, afgelegd bij de politie, de aanvrager aangewezen als de dader.

(Sv art. 457 e.v.)

#### HOGE RAAD, ONDER MEER:

3.2. In de aanvraag wordt aangevoerd dat het onderzoek van de zaak destijds niet tot een veroordeling zou hebben geleid, althans tot de toepasselijkverklaring van een minder zware strafbepaling, indien de

Politierechter kennis had genomen van de bij de aanvraag gevoegde verklaring van H. van 22 oktober 2007.

3.3. Deze verklaring houdt, voor zover voor de beoordeling van de aanvraag van belang, het volgende in:

‘Hierbij schrijf ik, dus H. slachtoffer van de avond van 3 december 2006 deze brief. Hierbij verklaar ik H. dat B. onterecht werd veroordeeld voor wat hij niet heeft gedaan. Ik heb op de avond van 3 december de verdachte personen aangewezen. Maar politie Oosterhout wilde niet luisteren (...) willen ze iemand laten boeten terwijl hij, dus B. niet de goede verdachte is. Hierbij trek ik mijn verklaring in.’

3.4.1. Bij de stukken van het geding bevindt zich een proces-verbaal van politie, inhoudende een verklaring die H. op 4 december 2006 bij de politie heeft afgelegd. Deze verklaring houdt onder meer het volgende in:

‘Op dat moment begon B. moeilijk te doen. Hij begon bot te doen. Ik zag dat hij een bepaalde blik in zijn ogen had van, zo’n blik van als je niet betaalt dan gebeurt er wat. Ik ken deze blik van deze jongens wel. Op dat moment was ik niet bang.

Ik zei tegen hem: ‘B. we praten er later wel over.’ Op dat moment kreeg ik plotseling een kopstoot van B. (...). Het was voor mij onverwachts. Op dat moment ging bij mij ook het licht uit. Ik werd heel boos.

B. heeft deze kopstoot zonder aanleiding aan mij uitgedeeld.’

3.4.2. Voorts bevindt zich bij de stukken van het geding een proces-verbaal van politie, inhoudende een verklaring die H. op 7 december 2006 bij de politie heeft afgelegd. Deze verklaring houdt, voor zover hier van belang, het volgende in:

‘Ik ben afgelopen weekend mishandeld in The Fever te O.

Dit is begonnen met een kopstoot die ik kreeg van de mij bekende B.

Maandagochtend heb ik hiervan aangifte gedaan en die avond werd ik rond 22.00 uur gebeld door B. B. vroeg of ik tijd had. Ik gaf aan dat ik op de bank lag en dat het niet zo goed uit kwam. B. verontschuldigde zich voor de kopstoot die hij mij gegeven had afgelopen zaterdagnacht.’

3.5. Vooropgesteld moet worden dat een aanvrager bij een aanvraag tot herziening aannemelijk moet maken dat en waarom

getuigen op een hem belastende verklaring terugkomen (vgl. HR 29 april 1997, *LJN ZC9316*, *NJ 1997*, 688).

3.6. De door H. opgegeven reden voor het terugkomen op zijn hiervoor onder 3.4 weergegeven verklaringen, levert echter onvoldoende grond op om aan te nemen dat deze verklaringen onjuist zijn geweest.

3.7. Voor zover in de aanvraag wordt gesteld dat het aangevoerde zou hebben geleid tot toepasselijkverklaring van een minder zware strafbepaling, wordt daarmee kennelijk gedoeld op de oplegging van een minder zware straf. Onder een minder zware strafbepaling in de zin van art. 457, eerste lid aanhef en onder 2°, Sv moet echter worden verstaan een strafbepaling die een minder zware straf bedreigt. Daaronder wordt niet verstaan de oplegging door de rechter van een minder zware sanctie.

3.8. Het hiervoor overwogene leidt tot het oordeel dat aan de inhoud van het bij de aanvraag overgelegde schrijven geen ernstig vermoeden als bedoeld in art. 457, eerste lid aanhef en onder 2°, Sv kan worden ontleend. De aanvraag is derhalve kennelijk ongegrond, zodat als volgt moet worden beslist.

De Hoge Raad wijst de aanvraag tot herziening af. ■

## HOGE RAAD (BELASTINGKAMER)

Deze rubriek wordt verzorgd door mr. drs. I.H.T. Reiniers (KPMG Meijburg en Fiscaal Instituut Tilburg/Universiteit van Tilburg) en mrs. drs. M.R.T. Pauwels (Wetenschappelijk Bureau van de Hoge Raad en Fiscaal Instituut Tilburg/Universiteit van Tilburg)

**692** 29 februari 2008, nr. 43.274  
(Mrs. Van den Berge, Monné, Van  
Maanen, Tijnagel, Heisterkamp)  
**LJN BC5346**

Onbekendheid adres belastingplichtige;  
betekening navorderingsaanslagbiljet  
aan het parket van de OvJ. Kwade trouw;  
(voorwaardelijke) opzet en rol belasting-  
adviseur.

(AWR art. 5, 16)

*Beroep in cassatie belastingplichtige; incidenteel beroep in cassatie Minister van Financiën*

## FEITEN

Belanghebbende heeft op 1 december 1998 haar woonplaats verlegd van Nederland naar Spanje. Aan de Belastingdienst is geen opgave gedaan van het nieuwe adres. Belanghebbende heeft zich wel laten uitschrijven uit de gemeentelijke basisadministratie, maar daarbij geen adres in Spanje opgegeven. Bij brief van 20 augustus 1999 heeft de toenmalige aan Loyens en Volkmaars verbonden belastingadviseur de Belastingdienst verzocht alle correspondentie voor belanghebbende aan hem toe te zenden. Na verzending aan de belastingadviseur zijn het vragenformulier emigratie en aangiftebiljet voor het jaar 1998 niet geretourneerd. Belanghebbende is niet aangemaand om de formulieren in te leveren. Er is niet (ambtshalve) een primitieve aanslag opgelegd voor het jaar 1998. Bij de aanvraag van een nieuw paspoort, in de zomer van 2003, heeft belanghebbende een adres in Spanje opgegeven, echter zonder daarbij een postcode te vermelden. Naar dat adres heeft de Inspecteur het aanslagbiljet van de navorderingsaanslag alsmede de boetebeschikking gezonden, beide gedagtekend 12 december 2003. Op 23 december 2003 is een kopie van het biljet van de navorderingsaanslag betekend aan het parket van de Officier van Justitie te Haarlem. Daarvan is, nog in december 2003, bericht geplaatst in een dagblad. Naar aanleiding van deze advertentie heeft de zoon van belanghebbende contact opgenomen met de Inspecteur.

## HOGE RAAD, ONDER MEER:

3.2.1. Middel I in het principale beroep keert zich tegen het oordeel van het Hof dat de navorderingsaanslag is vastgesteld binnen de vijfjaarstermijn van artikel 16, lid 3, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: AWR), welke termijn afliep op 31 december 2003. Het Hof heeft dat oordeel hierop gegrond dat niet in geschil is dat de terpostbezorging van het aanslagbiljet op 12 december 2003 aan het juiste adres is geschied.

3.2.2. Voor zover het middel klaagt over deze redengeving kan het niet tot cassatie leiden, omdat het in zoverre belang ontbeert. Zoals terecht wordt betoogd in het verweerschrift in cassatie, komt mede betekenis toe aan de omstandigheid dat een kopie van het aanslagbiljet voor ommekomst van de termijn is betekend aan het parket

van de Officier van Justitie. Bovendien heeft de deurwaarder, blijkens zijn exploit, aan dat parket een kopie van het aanslagbiljet overhandigd. In zodanig geval komt de waarborg die is omschreven in het arrest van de Hoge Raad van 6 december 1989, nr. 25888, BNB 1990/176, ook behoorlijk tot zijn recht wanneer voor de toepassing van artikel 5 [AWR] wordt aangenomen dat de datum van betekening van een kopie van het aanslagbiljet in de plaats komt van de dagtekening ervan. Aldus is het voor de aangeslagene immers mogelijk na te gaan – door raadpleging van de ten parkette berustende kopie van het aanslagbiljet – of de termijn waarbinnen de belastingaanslag moest zijn vastgesteld, in acht is genomen. In het onderhavige geval heeft de betekening binnen de voor navordering geldende wettelijke termijn plaatsgevonden, zodat moet worden geoordeeld dat de navorderingsaanslag binnen die termijn is vastgesteld. Hieruit volgt dat 's Hofs hiervoor in 3.2.1 weergegeven oordeel juist is, wat er zij van de gebezigde redengeving, zodat het middel in zijn geheel faalt.

(...)

3.5.1. Middel III in het principale beroep keert zich tegen het oordeel van het Hof dat belanghebbende te kwader trouw was als bedoeld in artikel 16, lid 1, slot, AWR.

3.5.2. Voor zover thans van belang is sprake van kwade trouw indien de belastingplichtige de inspecteur opzettelijk de juiste inlichtingen heeft onthouden (HR 11 juni 1997, nr. 32299, BNB 1997/384).

3.5.3. In dit verband heeft belanghebbende voor het Hof onder meer betoogd dat de omstandigheid dat zij zich heeft gewend tot een gerenomeerd kantoor als Loyens en Volkmaars, en haar aangiftebiljet naar dat kantoor heeft laten sturen, veeleer duidt op het tegenovergestelde, namelijk dat zij juist wel aan haar fiscale verplichtingen wenste te voldoen. Het Hof heeft dit betoog onbesproken gelaten. Daardoor heeft het zijn hiervoor in 3.5.1 weergegeven oordeel onvoldoende gemotiveerd. Immers, indien juist is dat belanghebbende Loyens en Volkmaars opdracht heeft gegeven tot het verzorgen en indienen van haar

aangifte, is het vermoeden gewettigd dat zij beoogde de Inspecteur de juiste inlichtingen te verschaffen, en ligt in beginsel de veronderstelling in de rede dat haar, ter zake dat het door haar beoogde resultaat is uitgebleven, geen ernstiger verwijt treft dan dat zij geen afdoende controle heeft uitgeoefend op de voortgang van de aan Loyens en Volkmaars opgedragen werkzaamheden. Dat verwijt kan echter niet worden gekwalificeerd als opzet om de Inspecteur de juiste inlichtingen te onthouden, en slechts dan worden gekwalificeerd als daarop gericht voorwaardelijk opzet indien het achterwege laten van voortgangscontrole op Loyens en Volkmaars de aanmerkelijke kans in het leven riep dat Loyens en Volkmaars de opgedragen taak zou verzaken, dat belanghebbende wetenschap had van die aanmerkelijke kans, en dat zij die kans bewust heeft aanvaard (op de koop toe heeft genomen).

3.5.4. Het middel slaagt derhalve voor zover het erover klaagt dat het Hof een essentiële stelling onbesproken heeft gelaten. Voor het overige behoeft het geen behandeling.' ■

## RAAD VAN STATE

Deze rubriek wordt verzorgd door de medewerkers van de Afdeling Kennis en Onderzoek van de Raad van State.

Volledige versies van deze uitspraken zijn te vinden op [www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl).

**693** 20 februari 2008, 200605761/1  
(Mrs. Polak, Bijloos en Van Muijen)  
**LJN BC4701**

**Jaarlijkse indexering van nog niet betaalde subsidievoorschotten.**

De minister heeft toegelicht dat hij bij de toepassing van het bepaalde in art. 5 lid 2 van het verleningsbesluit de zinsnede 'rekening houdend met de IBOI' volgens vaste gedragslijn zo uitlegt, dat hij jaarlijks het indexcijfer conform de IBOI vaststelt, met de mogelijkheid van technische correcties. Bij de vraag of hiermee een juiste uitleg en toepassing is gegeven aan deze bepaling, dient de bestuursrechter, aangezien voornoemde bepaling de minister beoordelingsruimte laat, te toetsen of de minister bij de

op die bepaling gebaseerde besluiten niet in strijd met geschreven of ongeschreven rechtsbeginselen heeft gehandeld.

Geen grond voor het oordeel dat erop mocht worden vertrouwd dat de minister de subsidie jaarlijks zou indexeren aan de hand van de door appellant genoemde maatstaf. Evenmin grond voor het oordeel dat voor wat betreft de in geding zijnde jaren (tot en met 2003) sprake is van bijzondere omstandigheden op grond waarvan de minister van zijn vaste gedragslijn had moeten afwijken.

(Wet Infrastructuurfonds art. 2, 8, 9; Besl. Infrastructuurfonds art. 7, 13)

*Uitspraak op het hoger beroep van: het Regionaal Orgaan Amsterdam (thans: Stads-regio Amsterdam), appellant, tegen de uitspraak (...) van de rechtbank Amsterdam van 11 juli 2006 in het geding tussen: het Regionaal Orgaan Amsterdam en de minister van Verkeer en Waterstaat.*

## 1. PROCESVERLOOP

Bij besluit van 21 november 2000 heeft de minister van Verkeer en Waterstaat (hierna de minister) het Regionaal Orgaan Amsterdam (hierna: het ROA) medegedeeld dat het in het besluit tot subsidieverlening van 23 december 1999 genoemde indexcijfer voor het jaar 2000 nog niet is vastgesteld. Bij dit besluit heeft de minister ten behoeve van het ROA tevens een bedrag van f 5 459 675 (€ 2 477 492,50) betaalbaar gesteld.

Bij besluit van 14 februari 2001 heeft de minister het ROA vanwege het behalen van de mijlpaal VAT 4 f 10 000 000 (€ 4 537 802,16) betaalbaar gesteld als ook f 250 000 (€ 113 445,05) als indexering van dit bedrag. Voorts heeft de minister bij dit besluit de door het ROA gedeclareerde BTW-kosten over het vierde kwartaal van 2000 ten bedrage van f 532 320 (€ 241 556,28) niet betaalbaar gesteld. Bij besluit van 26 maart 2001 heeft de minister het indexcijfer over het jaar 2000 vastgesteld op 4,5 % en de per 1 januari 2000 nog niet betaalde voorschotten van de subsidie met dit indexcijfer verhoogd. Bij besluit van 22 november 2001 heeft de minister het indexcijfer over het jaar 2001 vastgesteld op 4,55 % en de per 1 januari 2001 nog niet bepaalde voorschotten met dit indexcijfer verhoogd. Bij besluit van 8 oktober 2002 heeft de minister het indexcijfer over het jaar 2002

vastgesteld op 3,00 % en de per 1 januari 2002 nog niet betaalde voorschotten van de subsidie met dit indexcijfer verhoogd. Bij besluit van 22 augustus 2003 heeft de minister het indexcijfer over het jaar 2003 vastgesteld op 2,75 % en de per 1 januari 2003 nog niet betaalde voorschotten van de subsidie met dit indexcijfer verhoogd. Bij besluit van 23 februari 2004 heeft de minister de door het ROA tegen de besluiten van 21 november 2000, 14 januari 2001, 26 maart 2001, 8 oktober 2002 en 22 augustus 2003 gemaakte bezwaren ongegrond verklaard. Bij uitspraak van (...) heeft de rechtbank (...) het daartegen door het ROA ingestelde beroep gedeeltelijk niet-ontvankelijk en voor het overige ongegrond verklaard. (...)

## 2. OVERWEGINGEN

2.1. Ingevolge artikel 2, eerste lid, van de Wet Infrastructuurfonds is er een Infrastructuurfonds. Ingevolge het tweede lid, aanhef en onder b, heeft het fonds ten doel de financiering en bekostiging van aanleg, beheer en onderhoud en bediening van infrastructuur, welke niet door het Rijk wordt of zal worden beheerd. Ingevolge artikel 8, tweede lid, aanhef en onder c, kunnen uit het fonds subsidies worden verstrekt aan regionale openbare lichamen ten behoeve van aanleg, beheer en onderhoud en bediening van infrastructuur, welke door hen wordt of zal worden beheerd.

Ingevolge artikel 9, eerste lid, worden bij algemene maatregel van bestuur regels gesteld omtrent het verstrekken van subsidies als bedoeld in artikel 8, tweede en derde lid. Ingevolge artikel 9, tweede lid, aanhef en onder f, omvatten deze regels in elk geval bepalingen over de wijze waarop het bedrag van de subsidie wordt bepaald. Ingevolge artikel 7, eerste lid, van het krachtens voornoemd artikel 9, eerste lid, vastgestelde Besluit Infrastructuurfonds verleent de minister subsidie met inachtneming van eisen van soberheid en doelmatigheid. Hij kan bij de verlening van de subsidie bepalen dat het subsidiebedrag tussentijds dan wel bij de vaststelling van de subsidie kan worden aangepast aan de ontwikkelingen van het loon- en prijspeil. Ingevolge het tweede lid wordt de subsidie verleend voor de werkelijk te maken kosten, tenzij de subsidie in de vorm van een vast subsidiebedrag wordt verleend. Ingevolge artikel 13, achtste lid, zoals deze bepaling luidde ten tijde hier van belang, kan de subsidieontvanger een suppletoire

aanvraag indienen indien als gevolg van onvoorziene omstandigheden de werkelijk gemaakte kosten hoger uitvallen dan het bedrag waarvoor subsidie is verleend.

2.2. Bij besluit van 23 december 1999 (hierna: het verleningsbesluit) heeft de minister het ROA op grond van artikel 8, tweede lid, aanhef en onder c, van de Wet Infrastructuurfonds subsidie verleend voor de aanleg van de Noord/Zuidlijn (een tweesporige metroverbinding tussen Amsterdam Buikslotermeerplein en Amsterdam-Zuid/WTC), een auto-onderdoorgang achter het Centraal Station in de oost-west verbinding via de De Ruijterkade en een busstation aan de noordzijde van het Centraal Station.

Ingevolge artikel 2, eerste lid, van het verleningsbesluit wordt de subsidie bepaald op ten hoogste f 2 454 000 000 (€ 1 113 576 650,29) inclusief BTW, voor zover deze als kosten op de genoemde projecten drukt. De subsidie bestaat uit vier onderdelen.

Ingevolge het tweede lid is het eerste onderdeel een subsidie in de vorm van een vast bedrag van f 1 868 000 000 (€ 847 661 443,66) voor de aanleg van de Noord/Zuidlijn. Deze subsidie is bepaald op basis van de bij de subsidieverlening berekende subsidiabele kosten. In dit bedrag is een vergoeding voor VAT-kosten inbegrepen, zijnde f 239 000 000 (€ 108 453 471,65).

Ingevolge het derde lid wordt naast het in het eerste subsidieonderdeel opgenomen bedrag voor onvoorzien een tweede subsidieonderdeel verleend in de vorm van een vast bedrag van f 187 000 000 (€ 84 856 900,41) voor afkoop van alle risico's en onvoorziene zaken, die zich voor, tijdens en na de aanleg van de Noord/Zuidlijn zouden kunnen voordoen.

Ingevolge het vierde lid is het derde onderdeel een subsidie in de vorm van een vast bedrag van f 70 000 000 (€ 31 764 615,13) voor de aanleg van de auto-onderdoorgang en het busstation. In deze subsidie is een vergoeding voor VAT-kosten ingrepen, zijnde f 5 000 000 (€ 2 268 901,08).

Ingevolge het vijfde lid is het vierde onderdeel een subsidie van ten hoogste f 329 000 000 (€ 149 293 691,09) voor BTW-kosten die op het project rusten. Indien tijdens de looptijd van deze beschikking op basis van een wettelijke regeling BTW-percentages wijzigen, zal namens de minister ambtshalve aanpassing van de beschikking op dit punt plaatsvinden.



Ingevolge artikel 4 zal een suppletoire aanvraag op basis van artikel 13, achtste lid, van het Besluit Infrastructuurfonds voor de projecten genoemd in artikel 1 van het verleningsbesluit bij voorbaat niet worden gehonoreerd, omdat voor de drie projecten een subsidie in de vorm van een vast bedrag wordt verleend en omdat in de subsidie een onderdeel is opgenomen voor de afkoop van alle risico's en onvoorziene zaken die zich voor, tijdens en na aanleg van het project kunnen voordoen.

Ingevolge artikel 5, eerste lid, wordt het subsidiebedrag genoemd in artikel 2 verleend op basis van prijspeil 1999.

Ingevolge het tweede lid zal indexering van de nog niet betaalde voorschotten van het subsidiebedrag jaarlijks per 1 januari plaatsvinden, voor het eerst per 1 januari 2000. De minister zal jaarlijks het indexcijfer vaststellen, rekening houdend met de Index Bruto Overheidsinvesteringen (IBOI).

2.3. Het ROA betoogt dat de rechtbank het beroep, voor zover gericht tegen de vaststelling van het indexcijfer over het jaar 2001, ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard. Daartoe voert het ROA aan dat hij, gelet op de tot dan toe door de minister toegepaste indexeringsystematiek, er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat het besluit van 21 november 2001 slechts een voorcalculatie van het indexcijfer over 2001 inhield, en dat hem daarom redelijkerwijs niet kan worden verweten dat hij tegen dit besluit geen bezwaar heeft gemaakt.

2.3.1. Dit betoog faalt. In het besluit van 21 november 2001 is vermeld dat het indexeringscijfer over het jaar 2001 is vastgesteld op 4,55 %. In dit besluit is geen voorbehoud gemaakt met betrekking tot voor- en nacalculatie van dit indexcijfer. Er bestaat dan ook geen grond voor het oordeel dat het ROA er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat nog een nader besluit met betrekking tot het indexcijfer voor het jaar 2001 zou volgen. Dat het ROA tegen het besluit van 21 november 2001 geen bezwaar heeft gemaakt, kan hem dan ook redelijkerwijs worden tegengeworpen. De rechtbank heeft het beroep derhalve terecht in zoverre niet-ontvankelijk verklaard.

2.4. Het geding in hoger beroep is beperkt tot de in bezwaar gehandhaafde besluiten tot vaststelling van de indexcijfers voor de jaren 2000, 2002 en 2003.

2.5. Volgens het ROA heeft de rechtbank

miskend dat bij haar niet de vraag naar de toepassing van in artikel 7, eerste lid, van het Besluit Infrastructuurfonds vervatte indexeringsbevoegdheid, maar de vraag naar de toepassing van artikel 5, tweede lid, van het verleningsbesluit voorlag. Volgens het ROA heeft de rechtbank voorts, door te overwegen dat zij de wijze van bevoegdheidsuitoefening door de minister terughoudend dient te toetsen, een onjuiste toetsingsmaatstaf gehanteerd.

2.5.1. Anders dan het ROA heeft aangevoerd, heeft de rechtbank, gegeven het feit dat het verleningsbesluit door de intrekking van het daartegen gerichte bezwaar in rechte onaantastbaar is, onderkend dat bij haar de vraag voorlag of de minister bij de onderhavige besluiten een juiste uitleg en toepassing heeft gegeven aan de indexeringsbepaling van artikel 5, tweede lid, van het verleningsbesluit. De minister heeft toegelicht dat hij bij de toepassing van het bepaalde in artikel 5, tweede lid, van het verleningsbesluit de zinsnede "rekening houdend met de IBOI" volgens vaste gedragslijn zo uitlegt, dat hij jaarlijks het indexcijfer conform de IBOI vaststelt, met de mogelijkheid van technische correcties. Bij de vraag of hiermee een juiste uitleg en toepassing is gegeven aan deze bepaling, dient de bestuursrechter, aangezien genoemde bepaling de minister beoordelingsruimte laat, te toetsen of de minister bij de op die bepaling gebaseerde besluiten niet in strijd met geschreven of ongeschreven rechtsbeginselen heeft gehandeld. Voor zover de rechtbank dit heeft nagelaten, zal de Afdeling de gronden van het hoger beroep hierna alsnog aan de hand van dit toetsingskader beoordelen.

2.6. Het ROA betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat hij er niet gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de minister de subsidie jaarlijks zou indexeren aan de hand van de ontwikkeling van het loon- en prijspeil in de Grond-, Weg- en Waterbouwsector (hierna: de GWW-index). Volgens hem heeft de rechtbank ten onrechte overwogen dat de minister een vaste methode van indexering heeft toegepast die het ROA bekend was en dat uit de naar aanleiding van het verleningsbesluit gevoerde correspondentie niet kan worden afgeleid dat de door de minister toegepaste indexering een weergave zou zijn van de ontwikkelingen van het loon- en prijspeil in de GWW-sector. Daartoe voert het ROA aan dat hij in zijn brief van 26 juni 2000, waarbij het bezwaar tegen het

verleningsbesluit is ingetrokken, de minister heeft medegedeeld van een dergelijke indexering uit te gaan en dat de minister daarop niet heeft gereageerd.

2.6.1. De minister heeft de indexeringsbepaling aan het ROA toegelicht in zijn brieven van 25 januari en 9 juni 2000. In deze laatste brief is vermeld dat de minister bij indexering een standaardmethode hanteert die voor alle subsidieprojecten gelijk is. Die standaardmethode is de IBOI. Zoals door de minister, onbetwist, is toegelicht, is de IBOI gebaseerd op de gewogen prijsontwikkeling voor het totaal aan overheidsinvesteringen in een bepaald jaar. De IBOI bestaat uit twee onderdelen met jaarlijks wisselende gewichten, namelijk uit overheidsinvesteringen in gebouwen en Grond-, Weg- en Waterbouw en uit overige overheidsinvesteringen, zoals in outillage en transportmiddelen. De prijsontwikkeling vindt voor een belangrijk deel zijn oorsprong in kostenstijgingen en productiviteitsmutaties. Daarnaast kan ook een autonoom effect optreden als gevolg van mutaties in de indirecte belastingen. Het Ministerie van Financiën stelt formeel de prijsbijstelling vast naar aanleiding van het door het Centraal Planbureau opgestelde Centraal Economisch Plan, waarbij de IBOI belangrijke informatie vormt.

2.6.2. Uit de stukken blijkt dat het ROA en de minister naar aanleiding van het verleningsbesluit hebben gecorrespondeerd over de correctie van het prijspeil op basis waarvan de subsidie is verleend. Voor zover in die correspondentie tevens een toelichting is gegeven op de jaarlijks toe te passen standaard indexeringsmethode, heeft de minister daarbij nimmer gesproken over de GWW-index. Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, heeft het ROA deze indexeringswijze zelf voor het eerst geïntroduceerd in de brief van 26 juni 2000 waarbij hij zijn bezwaar tegen het verleningsbesluit heeft ingetrokken. Uit het uitblijven van een reactie kon het ROA redelijkerwijs niet afleiden dat de minister hiermee heeft ingestemd. In artikel 5, tweede lid, van het verleningsbesluit wordt niet naar de GWW-index verwezen en het standpunt van het ROA is ook niet in overeenstemming met de praktijk die is gevolgd bij eerdere projecten waarbij blijkens de stukken aan het ROA subsidie is verstrekt en geïndexeerd is volgens de standaard IBOI-methode. Zoals de rechtbank eveneens met juistheid heeft overwogen, lag het op de weg van het ROA om

een uitdrukkelijke reactie van de minister op dit standpunt te vragen, zonodig onder handhaving van zijn bezwaar tegen het verleningsbesluit.

Gelet hierop, is de rechtbank terecht tot het oordeel gekomen dat geen grond bestaat voor het oordeel dat het ROA er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de minister de subsidie jaarlijks zou indexeren met inachtneming van de ontwikkeling van het loon- en prijspeil in de GWW-sector. Het betoog slaagt derhalve niet.

2.7. Voorts betoogt het ROA dat de rechtbank er ten onrechte aan is voorbijgegaan dat de minister, door de subsidie jaarlijks conform de IBOI te blijven indexeren, een voor hem onevenredig nadelige toepassing heeft gegeven aan artikel 5, tweede lid, van het verleningsbesluit. Daartoe voert hij aan dat gezien het sterk toegenomen verschil tussen de GWW-index en de IBOI geen sprake meer is van een jaarlijkse aanpassing van de subsidie aan de ontwikkeling van het loon- en prijspeil als bedoeld in artikel 7, eerste lid, van het Besluit Infrastructuurfonds en dat dit verschil niet voor zijn rekening behoort te komen. Volgens het ROA heeft de rechtbank in dat verband ten onrechte overwogen dat de in artikel 2, derde lid, van het verleningsbesluit opgenomen voorziening ten bedrage van 187 miljoen gulden (€ 84 856 900,41) niet alleen ziet op de markt- en aanbestedingsrisico's van het project. Deze voorziening kan niet tevens bedoeld zijn voor de afkoop van risico's aan de inkomstenkant van het project, zoals onevenredige verschillen tussen de aan de hand van de jaarlijkse indexering geboden prijscompensatie en de werkelijke ontwikkeling van het loon- en prijspeil, aldus het ROA.

2.7.1. Hoewel het ROA, zoals hiervoor is overwogen, er niet gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de minister de subsidie jaarlijks zou indexeren met de GWW-index, zouden bijzondere omstandigheden de minister niettemin hebben kunnen nopen van zijn in overweging 2.5.1 genoemde vaste gedragslijn af te wijken. De Afdeling zal bezien of in hetgeen het ROA heeft aangevoerd dergelijke bijzondere omstandigheden zijn gelegen.

2.7.2. In artikel 2, derde lid, van het verleningsbesluit is aan het ROA een vast bedrag van 187 miljoen gulden (€ 84 856 900,41) verleend voor de afkoop van alle risico's en onvoorziene zaken die zich voor, tijdens en na de aanleg van de Noord/Zuidlijn zouden kunnen voordoen. Daarbij is geen

onderscheid gemaakt tussen risico's aan de inkomsten- en uitgavenkant van het project, zodat de rechtbank met juistheid heeft overwogen dat deze voorziening niet alleen ziet op markt- en aanbestedingsrisico's aan de uitgavenkant. Dat de IBOI op enig moment ten opzichte van de GWW-index naar beneden kan afwijken, is derhalve een risico dat voor rekening van het ROA komt. Dit zou anders kunnen zijn indien structureel sprake is van een zodanig groot verschil tussen de IBOI en de GWW-index, dat, alle omstandigheden in aanmerking genomen, door onverkort conform de IBOI te blijven indexeren geen sprake meer is van een aanpassing van de subsidie aan de ontwikkelingen van het loon- en prijspeil en dit verschil er op neerkomt dat het bedrag dat is gemoeid met de verleende voorziening voor risico's en onvoorziene zaken zodanig wordt overschreden, dat de minister in redelijkheid niet langer aan de IBOI kan vasthouden. Bij de vraag of bijzondere omstandigheden tot afwijking van de IBOI aanleiding geven, is de omstandigheid, dat de voorziening van artikel 2, derde lid, van het verleningsbesluit, die voor alle 'tegenvallers' is opgenomen, reeds wordt overschreden vanwege het verschil tussen de IBOI en de GWW-index naar het oordeel van de Afdeling van belang. Daarvan is echter in het geval van de indexeringsbesluiten die na het verleningsbesluit zijn genomen voor het eerst over het jaar 2000 en tot en met het jaar 2003 volgens het door het ROA overgelegde Overzicht indexpercentages project Noord/Zuidlijn geen sprake. Tot en met 2003 heeft het verschil tussen indexering met toepassing van de IBOI en indexering met toepassing van de GWW-index volgens dat overzicht tot een nadelig saldo van in totaal 22 miljoen euro geleid.

2.7.3. Gezien het voorgaande bestaat geen grond voor het oordeel dat voor wat betreft de in geding zijnde besluiten sprake is van bijzondere omstandigheden op grond waarvan de minister had moeten afwijken van zijn vaste gedragslijn. Het betoog slaagt derhalve niet.

2.8. Hetgeen het ROA overigens heeft aangevoerd is te herleiden tot de hiervoor reeds weerlegde gronden van het hoger beroep en slaagt derhalve evenmin. (...)

Volgt bevestiging van de aangevallen uitspraak. ■

## CENTRALE RAAD VAN BEROEP

Deze rubriek wordt verzorgd door mr. A.B.J. van der Ham, Raadsheer in de Centrale Raad van Beroep, en mr. E.L. Benetreu, chef-jurist bij de Raad.

**694** 5 februari 2008, nr. 05/4247  
WWB

(Mrs. Van den Hurk, Van Viegen, Waller)

Ten tijde van het instellen van het beroep was art. 8:4 aanhef en onder g Awb nog van kracht. Volgens deze bepaling kan geen beroep worden ingesteld tegen een besluit genomen op grond van een wettelijk voorschrift inzake belastingen. Gelet hierop stond voor appellant niet de mogelijkheid van beroep open bij de rechtbank. De ten tijde van het instellen van beroep voor het vaststellen van de competentie van de bestuursrechter in belastingzaken eerstaangewezen rechterlijke instantie heeft zich evenmin bevoegd geacht te oordelen over besluiten inzake een kwijtscheldingsverzoek betreffende aanslagen van gemeentelijke belastingen als hier in geding. Verwezen wordt naar de uitspraak van het Hof Amsterdam van 28 oktober 2004, *LJN*AR5033. De rechtbank als bestuursrechter wordt onbevoegd verklaard.

De door de gemachtigde van appellant gemaakte kosten voor het indienen van beroepschriften en andere stukken komen niet voor vergoeding in aanmerking, omdat de gemachtigde van appellant de echtgenote van appellant is. De omstandigheid dat appellant en zijn echtgenote niet op hetzelfde adres wonen maakt dit niet anders. Dat de echtgenote als belastingconsulent in overige procedures voor klanten wel beroepsmatig als rechtsbijstandverlener optreedt doet hieraan evenmin af.

(Awb art. 8:4 sub g, 8:75)

(...)

## II. OVERWEGINGEN

De Raad gaat uit van de volgende in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden.

Onder dagtekening 29 februari 2004 is appellant voor het belastingjaar 2004 een gecombineerde aanslag gemeentelijke

belastingen opgelegd tot een bedrag van € 777,37.

Bij besluit van 4 mei 2004 is namens het College afwijzend beslist op een verzoek om kwijtschelding van deze gemeentelijke belastingen.

Bij besluit van 4 augustus 2004 heeft het College het door appellant gemaakte bezwaar tegen het besluit van 4 mei 2004 ongegrond verklaard. Daarbij is vermeld dat tegen dat besluit beroep bij de rechtbank kan worden ingesteld.

Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank – met beslissingen omtrent griffierecht en proceskosten – het tegen het besluit van 4 augustus 2004 ingestelde beroep gegrond verklaard, het besluit van 4 augustus 2004 vernietigd en het College opgedragen een nieuw besluit op bezwaar te nemen. Daarbij is vermeld dat tegen die uitspraak bij de Raad hoger beroep kan worden ingesteld.

Appellant heeft zich in hoger beroep gemoetvaard tegen deze uitspraak gekeerd.

De Raad komt tot de volgende beoordeling.

#### 1. De bevoegdheid van de rechtbank

De Raad ziet zich – ambtshalve – allereerst gesteld voor de vraag of de rechtbank bevoegd was te beslissen op het ingestelde beroep tegen het besluit van 4 augustus 2004.

De Raad stelt vast dat het besluit van 4 augustus 2004 is genomen op grond van door het College opgestelde beleidsregels die als grondslag voor die regels vermelden de Invorderingswet 1990, de Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990 en het Modelbesluit gemeentelijk kwijtscheldingsbeleid. Die beleidsregels houden een vergoedingsregeling in voor rechtspersonen, ondernemers, ex-ondernemers en particulieren bij de invordering van verschuldigde gemeentelijke belastingen. Ten tijde van het instellen van het beroep was artikel 8:4, aanhef en onder g, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) nog van kracht. Volgens deze bepaling kan, voor zover hier van belang, geen beroep worden ingesteld tegen een besluit genomen op grond van een wettelijk voorschrift inzake belastingen. Gelet hierop stond voor appellant niet de mogelijkheid van beroep open bij de rechtbank.

De Raad merkt vervolgens op dat de ten tijde van het instellen van beroep voor het vaststellen van de competentie van de bestuursrechter in belastingzaken eerst aangewezen rechterlijke instantie zich evenmin bevoegd heeft geacht te oordelen over

besluiten inzake een kwijtscheldingsverzoek betreffende aanslagen van gemeentelijke belastingen als hier in geding. De Raad verwijst in dit verband naar de uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam van 28 oktober 2004, *LJN* AR5033. Uit rechtsoverweging 2 van die uitspraak komt naar voren dat de beslissing op een kwijtscheldingsverzoek geen voor bezwaar en voor beroep bij de belastingrechter vatbare beschikking is en dat de belanghebbende zich tot de burgerlijke rechter kan wenden indien hij van oordeel is dat het krachtens de Invorderingswet 1990 vastgestelde kwijtscheldingsbeleid onjuist is toegepast.

Het vorenstaande houdt in dat de aangevallen uitspraak onbevoegd is genomen en om die reden voor vernietiging in aanmerking komt. Gelet op artikel 8:71 van de Awb merkt de Raad op dat ter zake van het geschil dat partijen verdeeld houdt, uitsluitend een vordering bij de burgerlijke rechter kan worden ingediend.

#### 2. Proceskosten

Voor een veroordeling van het College tot vergoeding voor kosten van rechtsbijstand in beroep en in hoger beroep ziet de Raad geen aanleiding. Van door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand in de zin van artikel 1, onder a, van het Besluit proceskosten bestuursrecht (*Stb.* 1993, 763) is namelijk geen sprake als tussen degene aan wie de rechtsbijstand wordt verleend en de rechtsbijstandverlener een nauwe familierelatie bestaat (zie ook de uitspraak van de Raad van 14 december 2007, *LJN* BC1460). De door de gemachtigde van appellant gemaakte kosten voor het indienen van beroepschriften en andere stukken komen niet voor vergoeding in aanmerking, omdat de gemachtigde van appellant de echtgenote van appellant is. De omstandigheid dat appellant en zijn echtgenote niet op hetzelfde adres wonen maakt dit niet anders. Dat de echtgenote als belastingconsulent in overige procedures voor klanten wel beroepsmatig als rechtsbijstandverlener optreedt doet hieraan evenmin af. Hetgeen appellant overigens op dit punt heeft aangevoerd heeft de Raad niet tot een ander oordeel kunnen leiden.

In verband met de onjuiste rechtsmiddelvoorlichting komen de reiskosten van appellant voor het bijwonen van de zitting van de rechtbank van 26 mei 2005 en die voor het bijwonen van de zitting van de Raad op 13 november 2007 wel voor een

vergoeding in aanmerking. Deze kosten worden in totaal begroot op € 29,21. (...) Volgt vernietiging van de aangevallen uitspraak en onbevoegd verklaring van de rechtbank als bestuursrechter. ■

**695** 6 februari 2008, nr. 06/6606 ZFW (Mrs. Male, Berkel-Kikkert, Bootsma)  
*LJN* BC4713

**Strijd met verbod van willekeur. Ontbreken van overgangsregeling.**

**Afwijzing vervanging borstprothese. Wijziging verstrekkingenpakket.**

Aan de rechter komt de bevoegdheid tot om te bezien of een algemeen verbindend voorschrift een voldoende deugdelijke grondslag biedt voor het in geding betrokken besluit. De rechter dient daarbij te beoordelen of het desbetreffende voorschrift al dan niet in strijd komt met een of meer regels van geschreven of ongeschreven recht.

Door bij de wijziging van art. 2 Regeling geen adequate overgangsregeling te treffen voor gevallen waarin een borstprothese, die onder het oude recht is vergoed op grond van een toen aanvaarde indicatie, op grond van een medische indicatie moet worden vervangen, heeft de minister een besluit genomen dat hij bij de afweging van de in aanmerking te nemen belangen in redelijkheid niet heeft kunnen nemen. Art. 2 lid 2 onder d Regeling dient buiten toepassing te worden gelaten wegens strijd met het verbod van willekeur.

(Awb art. 3:4; ZFW art. 8; Verstrekkingenbesluit art. 12; Regeling medisch-specialistische zorg Ziekenfondswet art. 2)

(...)

## II. OVERWEGINGEN

1. De Raad gaat uit van de volgende feiten en omstandigheden. (...)

4. De Raad komt tot de volgende beoordeling.

4.1. Op grond van artikel 8, eerste lid, van de Zfw hebben verzekerden aanspraak op verstrekkingen ter voorziening in hun geneeskundige verzorging, voor zover met betrekking tot die zorg geen aanspraak bestaat ingevolge de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten. Artikel 8, derde lid, van de Zfw bepaalt dat de inhoud en omvang van de aanspraken bij of krachtens algemene maatregel van bestuur na-

der kan worden geregeld. Deze algemene maatregel van bestuur is het Verstrekkingenbesluit ziekenfondsverzekering (Vb). Artikel 12 van het Vb bepaalt dat onder medisch-specialistische zorg wordt verstaan genees-, heel- en verloskundige zorg naar de omvang bepaald door hetgeen in de kring van beroepsgeenoten gebruikelijk is. Deze zorg kan bij ministeriële regeling worden beperkt en de aanspraak kan afhankelijk worden gesteld van daarbij te stellen voorwaarden. Bedoelde regeling is de Regeling.

4.2. Volgens vaste rechtspraak behelzen de Zfw en de daarop berustende regelingen een gesloten systeem van de ten laste van de in deze wet geregelde verzekering komende verstrekkingen, in die zin dat in beginsel op geen andere verstrekkingen aanspraak bestaat dan in deze regelgeving is bepaald. Voorts vloeit hieruit voort dat in de aard van een dergelijk enumeratief en limitatief systeem van aanspraken besloten ligt dat er in beginsel geen ruimte is voor een extensieve interpretatie van de daarin geregelde aanspraken en gevallen. (...)

4.6. Met betrekking tot het overgangsrecht wordt in de toelichting bij het besluit van 17 december 2004 het volgende overwogen:

‘Daar staat tegenover dat een overgangsregeling in 2005 incidenteel tot een lagere opbrengst leidt. Daarvoor is geen financiële ruimte voorzien. Bij de pakketmaatregelen 2004 heb ik uitsluitend een overgangsmaatregel getroffen voor die situaties dat een reeds gestarte reeks behandelingen na 1 januari 2004 mocht worden afgerond. Voor eenmalige behandelingen heb ik toen geen overgangsregeling getroffen. Het gaat bij de onderhavige pakkettingrepen om eenmalige behandelingen. Voor de behandelingen die vallen onder de nu aan de orde zijnde pakkettingrepen is geen aanvraag- en toestemmingsprocedure voorgeschreven. Op grond van artikel 2a van het Verstrekkingenbesluit ziekenfondsverzekering kunnen de ziekenfondsen bij reglement de voorwaarden vaststellen waaronder de aanspraken tot gelding worden gebracht. Deze voorwaarden betreffen bijvoorbeeld de aanvragen en eventuele toestemmingsvereisten. Deze bevoegdheid van ziekenfondsen kan dus inhouden dat het ene ziekenfonds wel de eis stelt van een schriftelijke

aanvraag en een ander ziekenfonds niet. Hierdoor kan de door CVZ voorgestelde overgangsregeling voor verzekerden die overigens in dezelfde situatie verkeren, verschillend uitpakken. Alles afwegend heb ik besloten voor deze pakkettingrepen geen overgangsregeling te treffen.’

4.7. De Raad leidt uit de tekst en toelichting van de Regeling af dat de minister met de vaststelling van artikel 2, tweede lid, aanhef en onder c en d, van de Regeling, zoals dit artikel met ingang van 1 januari 2005 is komen te luiden, voor ogen heeft gestaan dat een behandeling bestaande uit het vervangen van een borstprothese, te weten het gecombineerd verwijderen van een oude prothese en het inbrengen van een nieuwe prothese, anders dan na een gehele of gedeeltelijke borstamputatie, niet langer tot het verstrekkingenpakket van de Zfw behoort. Het enkele verwijderen van een prothese, al dan niet onder het verrichten van capsulectomie, valt in die optiek nog wel onder de verzekerde prestaties. De Raad vindt voor deze uitleg steun in een zich onder de stukken bevindende verklaring van CvZ van die inhoud.

4.8. De Raad is van oordeel dat de minister met de vaststelling van dit artikel 2, tweede lid, aanhef en onder c en d, van de Regeling, zoals dit artikel met ingang van 1 januari 2005 is komen te luiden, niet buiten zijn bevoegdheid is getreden aangezien de bevoegdheid tot vaststelling van een algemeen verbindend voorschrift de bevoegdheid tot wijziging ervan, ook ten nadele van mogelijke belanghebbenden, impliceert. (...).

Strijd met ongeschreven recht

4.10. De tweede grief van Cz gaat er kennelijk van uit dat er buiten gevallen als bedoeld in de uitspraken van de Raad van 28 september 2000, *LJN AA7653* en 28 januari 2004, *LJN AO4504*, geen ruimte is voor het oordeel dat de toepassing van een door een bestuursorgaan vastgesteld algemeen verbindend voorschrift niet geoorloofd is wegens strijd met één of meer algemene rechtsbeginselen of beginselen van behoorlijk bestuur. Die aanname is onjuist. In de rechtspraak van de Raad, bijvoorbeeld in de uitspraak van 21 februari 1995, *LJN ZB3287*, is tot uitdrukking gebracht dat aan de inhoud of de wijze van totstandkoming van een algemeen verbindend voorschrift zodanig ernstige gebreken kunnen kleven dat dit voorschrift om

die reden niet als grondslag kan dienen voor daarop in concrete gevallen te baseren beslissingen. Dit betekent dat aan de rechter, behoudens het geval dat zulk een toetsing hem uitdrukkelijk is ontzegd, zoals met betrekking tot wetten in formele zin het geval is, de bevoegdheid toekomt te bezien of het desbetreffende algemeen verbindend voorschrift een voldoende deugdelijke grondslag biedt voor het in geding betrokken besluit. De rechter dient daarbij te beoordelen of het desbetreffende voorschrift al dan niet in strijd komt met een of meer regels van geschreven recht of ongeschreven recht, daaronder begrepen de algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Bij die beoordeling zal hij gezien zijn staatsrechtelijke positie de nodige terughoudendheid dienen te betrachten.

4.11. Uitgaande van dit toetsingskader is de Raad van oordeel dat de minister door in het besluit van 17 september 2004 tot wijziging van onder meer artikel 2 van de Regeling geen adequate overgangsregeling te treffen voor gevallen waarin een borstprothese, die onder het oude recht is vergoed op grond van een toen aanvaarde indicatie, op grond van een medische noodzaak dient te worden vervangen, een besluit heeft genomen dat hij bij afweging van de in aanmerking belangen, die hem ten tijde van het nemen van dat besluit bekend waren of behoorden te zijn, in redelijkheid niet heeft kunnen nemen. De Raad heeft hierbij het volgende in aanmerking genomen.

4.11.1. Door bedoelde wijziging van de Regeling worden personen getroffen bij wie destijds op grond van een toen aanvaarde medische indicatie (verminking, lichamelijke functiestoornissen of psychisch lijden) ten laste van de ziekenfondsverzekering een of meer borstprothesen zijn ingebracht. In die situatie is redelijkerwijs te verwachten dat de verzekerden in geval van een medische noodzaak tot verwijdering van die prothese(s) deze in de regel zullen willen laten vervangen door (een) nieuwe. Klaarblijkelijk heeft de minister voor ogen gestaan dat deze verzekerden het inbrengen van de nieuwe prothese(s) (in een afzonderlijke operatie) zelf zouden moeten bekostigen. Dat stelt die verzekerden echter voor een uitgave van beduidende omvang, waarvoor zij niet hebben gereserveerd, en waarmee zij destijds, ten tijde van het inbrengen van de te vervangen prothese(s), ook geen rekening behoeften te houden. Noch uit de tekst, noch uit de



toelichting bij het besluit van 17 september 2004 tot wijziging van de Regeling blijkt dat het belang van die verzekerden is afgewogen, als bedoeld in artikel 3:4, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

4.11.2. Voor zover uit de toelichting bij het besluit van 17 september 2004 tot wijziging van de Regeling afgeleid zou moeten worden dat het belang van die verzekerden wel is meegewogen, blijkt daaruit niet welk gewicht daaraan is toegekend in verhouding tot de met het besluit te dienen belangen. De Raad is van oordeel dat aan dat belang, gegeven de antecedenten van die verzekerden en gelet op het algemene rechtsbeginsel van de rechtszekerheid, niet kan worden voorbijgegaan door daaraan geen enkele betekenis toe te kennen. Een passende overgangsregeling die deze verzekerden in staat stelt zich aan te passen aan de nieuwe situatie had niet mogen ontbreken. Niet valt in te zien waarom de budgettaire en uitvoeringstechnische belangen van de overheid, zoals deze zijn aangevoerd om het niet opnemen van een overgangsregeling te rechtvaardigen, zoveel zwaarder zouden moeten wegen dan de belangen van verzekerden die onder het oude recht op grond van een medische indicatie ten laste van de ziekenfondsverzekering een prothese hebben laten inbrengen die op medische gronden vervangen moet worden.

4.11.3. Daarbij komt dat niet aannemelijk is gemaakt dat het met de onderhavige pakketmaatregel beoogde bezuinigingsdoel, voor zover het de vervanging van borstprothesen betreft, daarmee ook daadwerkelijk wordt gediend. De desgevraagd door Cz ingezonden DBC-code 04110002160023 vermeldt dat deze ziet op de volgende handelingen: 'capsul(ec)tomie evt vervangen prothesen, verwijderen prothesen, enkel- of dubbelzijdig/operatief met klinische episode'. Cz heeft verklaard dat dit betekent dat op het verwijderen van borstprothesen dezelfde code van toepassing is als op het vervangen van borstprothesen en dat op beide behandelingen hetzelfde tarief van toepassing is. Cz heeft daarvoor geen verklaring kunnen geven.

4.12. De conclusie is dat het bepaalde in artikel 2, tweede lid, aanhef en onder d, van de Regeling buiten toepassing dient te worden gelaten wegens strijd met het verbod van willekeur. Dit betekent dat deze bepaling niet kan dienen als grondslag voor het niet vergoeden van de door belangheb-

bende aangevraagde behandeling.  
(...)

**696** 6 februari 2008, nr. 05/1701,  
05/4044 WAO  
(Mrs. Van Voorst, Van Laar, Dijt)  
LJN BC4478

**Reikwijdte arbeidsongeschiktheidsbesluit. Loonsanctie. WAO-aanvraag. Verzoek loonsanctie. Besluit.**

**Arbeidsongeschiktheidsbesluit omvat geen oordeel over de re-integratieverplichtingen van de werkgever en evenmin een oordeel over het re-integratieverslag. Loonsanctie in afzonderlijk besluit. WAO-aanvraag niet tevens aan te merken als een aanvraag een loonsanctie op te leggen. Verzoek (in bezwaar) loonsanctie op te leggen is een aanvraag als bedoeld in art. 1:3 lid 3 Awb. I.c. is verzoek loonsanctie op te leggen eerst in bezwaar gedaan. De vraag of het Uwv gehouden is aan de werkgever een loonsanctie op te leggen valt buiten de omvang van het geding over een besluit over de aanspraak op een WAO-uitkering.**

(Awb art. 1:3, 6:2 onder a, 8:69)

(...)

## II. OVERWEGINGEN

De Raad overweegt als volgt.

Aan het hoger beroep ligt primair ten grondslag de mening van appellant dat zijn werkgever tekort is geschoten in diens re-integratieverplichtingen. Het Uwv had dit moeten vaststellen door een negatief oordeel te geven over het re-integratieverslag en op grond van dat oordeel een loonsanctie aan de werkgever moeten opleggen, aldus appellant.

Ingevolge artikel 34, derde lid, van de WAO, zoals dit luidde ten tijde in geding en voor zover hier van belang, dient de belanghebbende die in aanmerking wenst te komen voor toekenning van een WAO-uitkering zijn aanvraag in binnen 9 maanden na aanvang van zijn arbeidsongeschiktheid.

Ingevolge artikel 34a, eerste lid, van de WAO, zoals dit luidde ten tijde in geding, gaat de aanvraag voor de toekenning van een WAO-uitkering vergezeld van een re-integratieverslag en beoordeelt het Uwv of de werkgever en de werknemer in redelijkheid hebben kunnen komen tot de re-integratie-inspanningen die zijn verricht.

Op grond van artikel 71a, negende lid, van

de WAO, stelt het Uwv, kort gezegd, indien bij de behandeling van de WAO-aanvraag en de beoordeling als bedoeld in artikel 34a blijkt dat de werkgever zonder deugdelijke grond de in artikel 71a neergelegde verplichtingen niet of niet volledig is nagekomen of onvoldoende re-integratie-inspanningen heeft verricht, een tijdvak vast waarover de werkgever verplicht is tot loondoorbetaling. In dat geval wijst het Uwv op grond van artikel 34a, tweede lid, van de WAO, de aanvraag van een WAO-uitkering af.

In de onderhavige procedure ligt voor een besluit waarin is beoordeeld of appellant arbeidsongeschikt is in de zin van de WAO. Zoals de Raad heeft overwogen in zijn uitspraak van 25 april 2007 (LJN BA3866) omvat deze beoordeling, gelet op de criteria in artikel 18 van de WAO en het Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten, niet een oordeel over de vraag of de werkgever van een verzekerde heeft voldaan aan zijn re-integratieverplichtingen jegens die verzekerde en evenmin een oordeel over de vraag of een over die verzekerde opgesteld re-integratieverslag aan de wettelijke vereisten voldoet. Dit brengt met zich dat de grieven van appellant hierover niet betrokken kunnen worden bij de beoordeling van het bestreden besluit. Hieraan doet niet af dat het Uwv, nadat een WAO-aanvraag is ingediend, het daarbij gevoegde re-integratieverslag dient te beoordelen en, indien die beoordeling negatief is, in beginsel een verplichting tot loondoorbetaling aan de werkgever oplegt. Dit geschiedt alsdan in een afzonderlijk besluit dat los staat van het besluit waarin de arbeidsongeschiktheid van de verzekerde wordt vastgesteld, en waartegen afzonderlijk rechtsmiddelen kunnen worden ingediend.

De Raad volgt appellant niet in diens opvatting dat de aanvraag van een WAO-uitkering op zichzelf tevens moet worden aangemerkt als een aanvraag om aan de werkgever een loonsanctie op te leggen. Hiertegen verzet zich de tekst van artikel 34, derde lid, van de WAO, waaruit blijkt dat de aanvraag is gericht op het verkrijgen van een WAO-uitkering door de werknemer en niet op het opleggen van een loonsanctie aan de werkgever.

De gemachtigde van het Uwv heeft ter zitting van de Raad alsnog het standpunt ingenomen dat het besluit van 17 juni 2003 een tweeledig besluit is, namelijk een besluit over appellants WAO-aanspraken en

een besluit dat geen loonsanctie wordt opgelegd. In dit verband heeft de gemachtigde verwezen naar de uitspraak van de Raad van 8 oktober 2003 (LJN: AN7856). De Raad volgt dit standpunt niet. In die uitspraak heeft de Raad geoordeeld dat de vaststelling door het Landelijk instituut sociale verzekeringen als bedoeld in artikel 8, eerste lid, van de Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten, zoals dit luidde tot 1 januari 2002, dat binnen het bedrijf van een werkgever voor een arbeidsgehandicapte werknemer geen andere passende arbeid voorhanden is, gericht is op rechtsgevolg en derhalve een besluit is in de zin van de Awb. Dit rechtsgevolg was op grond van de toen geldende wetstekst gelegen in de overgang van de op re-integratie gerichte verplichting van de werkgever naar het Uvw. Deze vaststelling is niet op één lijn te stellen met het oordeel dat het Uvw in het kader van de behandeling van een WAO-aanvraag geeft over een re-integratieverslag en de re-integratie-inspanningen van een werkgever.

Het vorenstaande neemt niet weg dat, indien een verzekerde bij zijn WAO-aanvraag aan het Uvw verzoekt om, in plaats van aansluitend op de wettelijke wachttijd een WAO-uitkering toe te kennen, de werkgever een loonsanctie op te leggen, hij daar-

mee een aanvraag doet als bedoeld in artikel 1:3, derde lid, van de Awb. Het Uvw zal in dat geval een beslissing op dat verzoek dienen te nemen, waarin het op grond van zijn oordeel over de re-integratie-inspanningen van de werkgever al dan niet een loonsanctie oplegt. Deze beslissing is, ook indien het verzoek wordt afgewezen, een besluit als bedoeld in artikel 1:3, tweede lid, van de Awb, waartegen bezwaar en beroep openstaat. Indien een verzekerde in bezwaar tegen de beslissing op zijn WAO-aanvraag aan het Uvw verzoekt de werkgever alsnog een loonsanctie op te leggen, dient dit bezwaar in zoverre te worden aangemerkt als een aanvraag als bedoeld in artikel 1:3, derde lid, van de Awb. Het Uvw dient op die aanvraag een beslissing te nemen, waartegen afzonderlijk – los van het besluit op de WAO-aanvraag – bezwaar en beroep openstaat.

In het onderhavige geval is van een verzoek bij de WAO-aanvraag om een loonsanctie op te leggen niet gebleken. Eerst in bezwaar heeft appellant aangevoerd dat het Uvw aan de werkgever een loonsanctie had moeten opleggen. Gelet hierop heeft het Uvw geen besluit genomen om geen loonsanctie op te leggen en heeft het in het bestreden besluit terecht overwogen dat de vraag of aan de werkgever een

loonsanctie had moeten worden opgelegd de heroverweging van het primaire besluit, dat uitsluitend ziet op de WAO-aanspraken van appellant, te buiten gaat.

Gelet op het vorenstaande heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat de vraag of het Uvw gehouden was aan de werkgever een loonsanctie op te leggen wegens onvoldoende re-integratie-inspanningen, valt buiten de omvang van het geding over een besluit over de aanspraak op een WAO-uitkering.

Uit het vorenstaande vloeit tevens voort dat, nu appellant in bezwaar alsnog heeft verzoekt om aan de werkgever een loonsanctie op te leggen, het bestreden besluit in zoverre moet worden opgevat als een weigering om op dat verzoek een besluit te nemen. Dit moet ingevolge artikel 6:2, onder a, van de Awb worden gelijk gesteld met een primair besluit, waartegen geen rechtstreeks beroep bij de rechter openstaat. Op grond van artikel 6:15 van de Awb moet het beroepsschrift van 29 januari 2004 in zoverre als bezwaarschrift worden aangemerkt en zal de Raad dit als zodanig ter verdere behandeling doorzenden naar het Uvw. Het Uvw zal in het besluit op bezwaar een oordeel moeten geven over de door de werkgever verrichte re-integratie-inspanningen.

(...) ■

## BESTRIJDING GEORGANISEERDE MISDAAD

Op donderdag 10 april zal prof. mr. Y. Buruma een lezing verzorgen voor het Haags Juridisch Genootschap. De titel van zijn lezing luidt 'Gaaf het wel goed met de bestrijding van de georganiseerde misdaad?'

*Datum en tijd:* 10 april, 20.00 uur

*Plaats:* Eden Babylon Hotel (voorheen Sofitel), Koningin Julianaplein 35, 's-Gravenhage

## NAZORG: EEN SLUITENDE AANPAK?

Op vrijdag 11 april organiseert de vereniging voor Penitentiair recht En Penologie (PEP) een studiemiddag over de actuele (beleids)ontwikkelingen rondom nazorg.

Het veiligheidsprogramma 'Veiligheid begint bij voorkomen' valt onder de gezamenlijke verantwoordelijkheid van de ministeries van Justitie en BZK en kent als centrale doelstelling het terugdringen van recidive. Hieromtrent bestaat reeds enige jaren het gelijknamige project 'Terugdringen Recidive', als uitvloeisel van het vorige kabinetsprogramma 'Naar een veiliger samenleving'. Vanuit het hoofddoel van recidivevermindering richt het TR-project zich onder meer op het bewerkstelligen van een betere aansluiting van de detentie op de nazorgfase, door middel van intensieve samenwerking tussen DJI, gemeenten en reclasseringsorganisaties. Daartoe is niet alleen het Project(bureau) Aansluiting Nazorg in het leven geroepen, maar ook gemeentelijke nazorgcoördinatiepunten en de functies van kwartiermaker en medewerker maatschappelijke dienstverlening. De nazorg is daarmee een actueel onderwerp van beleidsontwikkeling, maar ook van wetenschappelijk en publiek debat. Zo werd eind 2005 op het congres van het tijdschrift PROCES geconstateerd dat er veel projecten waren gestart met ambitie en goede wil, maar dat de nazorg als geheel nog in de kinderschoenen stond.

Inmiddels zijn er nieuwe beleidsontwikkelingen in gang gezet, zit de looptijd van twee jaar van het Project Aansluiting Nazorg er op en is het nieuwe Programma Sluitende Aanpak van start gegaan. Een goede aanleiding om de (voorlopige) balans op te maken van de vele (beleids)ontwikkelingen rondom nazorg. Er zal door een drietal deskundige sprekers een inleiding worden gehouden, waarna er vervolgens voldoende ruimte zal zijn voor discussie onder voorzitterschap van prof. mr. C. Kelk.

*Datum en tijd:* 11 april, 15.00- 17.00 uur

*Plaats:* Willem Pompe Instituut, Janskerkhof 15A, Utrecht

*Informatie en aanmelding:* via [struijk@frg.eur.nl](mailto:struijk@frg.eur.nl) of [www.verenigingpep.nl](http://www.verenigingpep.nl)

## DREES-LEZING

Op vrijdag 11 april spreekt Leo Stevens, emeritus hoogleraar fiscale economie van de Erasmus Universiteit, de 18e Willem Drees lezing uit. De titel van zijn lezing luidt 'Naar een solide participatiemaatschappij'. Stevens neemt als vertrekpunt van zijn beschouwing de in de Drees-lezing 2007 door Alexander Rinnooy Kan onderstreepte noodzaak ons beeld omtrent het ideaal van de verzorgingsstaat aan te passen. Rinnooy Kan verwoordde daarin dat een overgang noodzakelijk is van een 'verzorgingsstaat' naar een 'participatiemaatschappij'. Zo'n overstap van verzorgingsstaat naar participatiemaatschappij is niet zonder gevolgen voor het belastingstelsel. Daarop is de beschouwing van Stevens gericht. Na afloop van deze beschouwing zal Stevens in debat gaan met mw. A. Jongerius (voorzitter FNV), drs. L.M.L.H.A. Hermans (voorzitter MKB-Nederland) en mr. Drs. F.J. Paas (voorzitter CNV).

*Datum en tijd:* 11 april, 15.30 uur

*Plaats:* Lutherse Kerk, Lutherse Burgwal 7, Den Haag

*Aanmelding:* via [info@willemdrees.nl](mailto:info@willemdrees.nl)

## MIGRATION, CITIZENSHIP AND LAW

Ter gelegenheid van het afscheid van Kees Groenendijk als hoogleraar Rechtssociologie van de Radboud Universiteit Nijmegen wordt er 24 en 25 april een twee-daagse conferentie georganiseerd rondom de thema's waaraan Groenendijk zijn wetenschappelijke werk heeft gewijd. Gesproken wordt over: Aliens, Courts and Human Rights door prof. dr. Thomas Spijkerboer (VU, Amsterdam), Xenophobic Populism and the Crisis of Constitutional Democracy: Austria, Switzerland and The Netherlands door prof. dr. Dietrich Thränhardt (Universiteit van Münster), The ombudsman and the administrative courts door prof. dr. Roel Fernhout (Radboud University Nijmegen), Open Borders, Closed Borders? The Changing Schengen Border door prof. dr. Elspeth Guild (Radboud Universiteit Nijmegen). Na elke lezing volgt een paneldiscussie.

*Datum en tijd:* 24 april 14.00-18.00 uur, met aansluitend een buffet, 25 april 9.00-13.00 uur

*Plaats:* Aula, Radboud Universiteit, Come-niuslaan 2, 6525 HP Nijmegen,

*Informatie en inschrijving:* aan deelname aan het congres zijn geen kosten verbonden, inschrijven vooraf is wel noodzakelijk. Inlichtingen bij mw. W.R. Paulssen, tel. 024-3612022, congresmanager, of via [www.symposia.cpo.nl](http://www.symposia.cpo.nl).

## ZELFBINDINGSREGELING IN DE BOPZ

Sinds 1 januari is de zelfbindingsregeling van de BOPZ van kracht. Daarmee is het mogelijk om bij noodzakelijke heropnamen snel in te grijpen, zónder dat er discussie komt over het gevaarscriterium. Op donderdagochtend 29 mei organiseert Medilex de studiebijeenkomst 'Voor het geval dat – de nieuwe zelfbindingsregeling in de BOPZ'. Hier zullen o.a. de volgende onderwerpen aan bod komen: 'Wanneer kiezen voor zelfbinding en wanneer voor andere machtigingen?', 'Komen tot een zelfbindingscontract – wat zijn de stappen?', 'Dwang toepassen op de patiënt terwijl deze de rechtspositie heeft van vrijwillig opgenomen (hoofdstuk 3 BOPZ niet van toepassing)', 'Verliest de patiënt door zelfbinding niet te veel rechtsbescherming?'

Aan deze studieochtend wordt meegewerkt door Frank Westenberg (advocaat), Ruud van Beest (psychiater), Femke Welles (patiëntenvertrouwenspersoon) en Paul Mani (columnist).

In het programma is ruim de tijd om uw vragen en casuïstiek voor te leggen.

*Datum en tijd:* 29 mei, 9.15-13.00 uur

*Plaats:* Spoorwegmuseum, Maliebaanstation, Utrecht

*Informatie en inschrijving:* via [www.medilex.nl](http://www.medilex.nl), kosten voor deelname bedragen € 275

## RECTIFICATIE

In de Agenda-rubriek van NJB, afl. 11 is een storende fout geslopen. Voor inlichtingen over en aanmelding voor de conferentie 'Towards a European legal methodology', welke op 10 juni plaatsvindt aan de Universiteit van Tilburg kan het volgende e-mail adres gebruikt worden: [J.M.Boschma@uvt.nl](mailto:J.M.Boschma@uvt.nl).

31 maart	Thema-avond 'Strafrechtelijke vernieuwing' (NJB 2008, <a href="#">546</a> , afl. 10, p. 619)
31 maart – 1 april	European Energy Law Seminar (NJB 2008, <a href="#">492</a> , afl. 9, p. 554)
2 april	GIS-bijeenkomst 'Grenzen van de Wet Internationale Misdrijven' (NJB 2008, <a href="#">328</a> , afl. 6, p. 374)
3 april	Bijeenkomst 'De bestuursrechter en de feitenvaststelling' (NJB 2008, <a href="#">546</a> , afl. 10, p. 619)
3 april	Seminar 'Juridische valkuilen rond ICT-contracten en intellectuele eigendom' (NJB 2008, <a href="#">654</a> , afl. 12, p. 736)
4 april	Voorjaarsvergadering Nederlandse Vereniging voor Zee- en Vervoersrecht (NJB 2008, <a href="#">654</a> , afl. 12, p. 736)
8 april	Studiemiddag 'Samenloop klacht en bezwaar' (NJB 2008, <a href="#">601</a> , afl. 11, p. 680)
10-11 april	Oprichtingsconferentie Europese Vereniging voor Gezondheidsrecht (NJB 2008, <a href="#">328</a> , afl. 6, p. 374)
11 april	Congres 'Europees recht en nationaal privaatrecht' (NJB 2008, <a href="#">275</a> , afl. 5, p. 317)
11 april	Symposium 'Aansprakelijkheid van hulp- en tussenpersonen in het handelsverkeer' (NJB 2008, <a href="#">492</a> , afl. 9, p. 554)
11 april	Studiemiddag 'Nazorg: een sluitende aanpak?' (NJB 2008, <a href="#">697</a> , afl. 13, p. 807)
11 april	Willem Drees-lezing 'Naar een solide participatiemaatschappij' (NJB 2008, <a href="#">697</a> , afl. 13, p. 807)
14 april	Conferentie 'Market governance and innovation' (NJB 2008, <a href="#">546</a> , afl. 10, p. 619)
16 april	Studiemiddag 'Harmonisatie milieuaansprakelijkheidsregels' (NJB 2008, <a href="#">437</a> , afl. 8, p. 496)
16 april	Symposium 'Regulering van bouwlawaai' (NJB 2008, <a href="#">601</a> , afl. 11, p. 680)
17 april	Studium Generale Koninkrijksrelaties (NJB 2008, <a href="#">492</a> , afl. 9, p. 554)
17 april	Studiemiddag 'Personenvennootschappen' (NJB 2008, <a href="#">546</a> , afl. 10, p. 620)
18 april	Seminar 'Access to Justice – microjustice and other approaches to enhancing the effectiveness of the law' (NJB 2007, <a href="#">2362</a> , afl. 45/46, p. 2932)
18 april	UCERF-Symposium Familierecht (NJB 2008, <a href="#">167</a> , afl. 3, p. 201)
18 april	Jaarvergadering Vereniging voor Gezondheidsrecht (NJB 2008, <a href="#">214</a> , afl. 4, p. 262)
24 – 25 april	Conferentie 'Migration, Citizenship and Law' (NJB 2008, <a href="#">697</a> , afl. 13, p. 807)
14 mei	Seminar 'Illegale wapenhandel' (NJB 2008, <a href="#">546</a> , afl. 10, p. 620)
14 mei	Lezing 'Pursuing sustainability with private governance and commitment' (NJB 2008, <a href="#">546</a> , afl. 10, p. 620)
16 mei	Conferentie 'The future of European environmental law' (NJB 2008, <a href="#">275</a> , afl. 5, p. 318)
22 mei	Gemeentejurist 2008 (NJB 2008, <a href="#">114</a> , afl. 2, p. 143)
29 mei	Studiedag 'Natuurbeschermingsrecht' (NJB 2008, <a href="#">546</a> , afl. 10, p. 620)
6 juni	Voorjaarsvergadering NVvR 'De reikwijdte van het beslag' (NJB 2008, <a href="#">437</a> , afl. 8, p. 496)
10 juni	Conferentie 'Towards a European Legal Methodology?' (NJB 2008, <a href="#">601</a> , afl. 11, p. 680)

Een uitgebreide versie van deze agenda is te raadplegen op de NJB-Internet-site [www.njb.nl](http://www.njb.nl).





## de Rechtspraak

---

### Vacatures in de rechterlijke macht (m/v)

---

*sluiting sollicitatietermijn*

---

**Rechtbank Assen**  
**Rechter, sector bestuursrecht**

11 april 2008

- Het betreft een vacature voor 36 uur.
- Bereidheid tot afdoening van zaken zowel voor Algemene Kamer als Vreemdelingenkamer.
- Binnen de rechtbank geldt een roulatiebeleid voor RM, wat inhoudt dat van u gevraagd wordt om na een aantal jaren te wisselen van rechtsgebied.
- Het salaris bedraagt € 5.151 - € 6.644 bruto per maand (categorie 9).

Inlichtingen over de vacature kunnen ingewonnen worden bij de heer mr. J.S. van der Kolk (president), telefoon: (0592) 339 422.

Competentieprofiel is opvraagbaar bij de afdeling P&O, telefoon: (0592) 339 327.

Sollicitaties met curriculum vitae kunt u tot en met 11 april 2008 zenden aan de president van de Rechtbank Assen, t.a.v. de afdeling P&O, Postbus 30009, 9400 RA Assen.

Algemene informatie over de rechtbank is te vinden op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).



## Hét magazine voor juristen

Mr. belicht de mens achter de jurist, bericht voor en over juristen en bespreekt juridische trends en tendensen.

**Mr. is:**

- het lijfblad van alle juristen
- uiterst leesbaar
- persoonlijk, betrokken en afwisselend
- een maandelijks bron van inspiratie en ontspanning.

**In Mr. leest u:**

- het laatste juridische nieuws
- alles over werk en carrière
- interviews met toonaangevende juristen.

**Juristen lezen Mr. gratis**

Vraag nu uw gratis abonnement aan via [www.mr-online.nl/abonneren](http://www.mr-online.nl/abonneren).

 **Kluwer**  
a Wolters Kluwer business



Voor een opleidingsfunctie tot rechter  
zie [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)



de Rechtspraak

Raad voor de  
rechtspraak



## Het Nederlands Juristenblad, dát zit als gegoten!

Kies vóór 30 oktober 2008 uw ideale abonnementsvorm op het NJB. Ga naar [www.kluwer.nl/shop](http://www.kluwer.nl/shop) (zoek op 'NJB')



**Kluwer**  
a Wolters Kluwer business



De Universiteit Maastricht (UM) is bekend om haar unieke kleinschalige, activerende en op zelfwerkzaamheid gerichte onderwijs (PGO). De UM heeft zo'n 12.500 studenten (waarvan ca. 25% uit het buitenland) en 3.000 medewerkers verdeeld over zes faculteiten.

## Maastricht University

### Universitair docent privaatrecht, in het bijzonder vermogensrecht v/m 38 uur per week

De Faculteit der Rechtsgeleerdheid is op zoek naar een universitair docent privaatrecht, in het bijzonder vermogensrecht, voor 38 uur per week.

- **Taken:** Geven van onderwijs in bovenstaande gebieden. Begeleiden van scripties en essays en ontwikkelen van onderwijsmateriaal (in het Engels en het Nederlands). Participeren in de onderzoeksschool Ius Commune, in het bijzonder in het project Aansprakelijkheid & Verbintenissen- en Contractenrecht. Verrichten van tweede- en derdegeldstroomonderzoek.
- **Functie-eisen:** Jurist met specialisatie privaatrecht, in het bijzonder vermogensrecht. Gepromoveerd op het gebied van het privaatrecht, evt. contractenrecht of aansprakelijkheidsrecht, danwel een proefschrift gereed of in het stadium van afronding. Affiniteit met rechtsvergelijkend onderzoek.
- **Arbeidsvoorwaarden:** Tijdelijk dienstverband voor de periode van drie jaar. Mogelijke verlenging met drie jaar en, na positieve beoordeling, uitzicht op vast dienstverband. Het salaris bedraagt maximaal € 4.868,- bruto per maand conform schaal 12. Afhankelijk van opleiding en ervaring vindt inschaling plaats in schaal 10, 11 of 12.
- **Informatie:** Bij prof. mr. G.-R. de Groot, tel.: 043-3883020, e-mail: [r.degroot@pr.unimaas.nl](mailto:r.degroot@pr.unimaas.nl), of bij prof. mr. T. Hartlief, tel.: 043-3883104, e-mail: [t.hartlief@pr.unimaas.nl](mailto:t.hartlief@pr.unimaas.nl).
- **Vacaturenummer:** AT2008.63.

Sollicitaties binnen twee weken t.a.v.: Universiteit Maastricht, Postbus 616, 6200 MD Maastricht (o.v.v. vacaturenummer op brief en envelop), of via [pzfdrvacatures@facburfdr.unimaas.nl](mailto:pzfdrvacatures@facburfdr.unimaas.nl).

Informatie over de UM en UM-vacatures: **[www.unimaas.nl](http://www.unimaas.nl)**



## BENT U DE GEDREVEN JURIST DIE HET OM KOMT VERSTERKEN?

Het Openbaar Ministerie (OM) zorgt, samen met de politie en andere opsporingsdiensten, voor de opsporing en vervolging van misdrijven en overtredingen, variërend van winkeldiefstal tot moord. Na de opsporing besluit het OM of het zelf de zaak afhandelt of dat de verdachte voor de rechter moet komen. Na veroordeling door de rechter, zorgt het OM ervoor dat de uitspraak van de rechter goed wordt uitgevoerd. In alle gevallen houdt het OM zich bezig met zaken die direct van invloed zijn op het dagelijks leven. Dat maakt werken voor het OM zo bijzonder. Want recht raakt mensen.

Het Openbaar Ministerie is een moderne, professionele en ambitieuze organisatie met ongeveer 4500 medewerkers, onder wie ruim 700 officieren van justitie. De landelijke leiding van het OM berust bij het College van procureurs-generaal. Op negentien arrondissementsparketten worden jaarlijks honderdduizenden strafzaken behandeld.

**Het arrondissementsparket Middelburg zoekt een jurist voor de functie van:**

## OFFICIER VAN JUSTITIE M/V 36 UUR PER WEEK

**die in het voorjaar van 2008 kan starten.**

Leiding geven aan rechercheonderzoeken, verdachten voor de rechter brengen en zorgdragen voor de tenuitvoerlegging van opgelegde vonnissen. Belangrijke taken van het Openbaar Ministerie (OM) die zorgvuldig en onpartijdig optreden vereisen. Op basis van feiten wordt aan slachtoffers, verdachten en veroordeelden recht gedaan. Het OM levert zodoende een bijdrage aan de criminaliteitsbestrijding.

### WIE WIJ ZOEKEN

De collega waarnaar wij nu op zoek zijn, heeft na het doctoraal examen Nederlandse Recht – buiten de rechterlijke organisatie – ten minste zes jaar werkervaring als jurist. De officieren van justitie zijn maatschappelijk betrokken mensen, hebben een gedegen vakkennis, zijn sociaal vaardig en hebben een politiek-bestuurlijke sensitiviteit. Overtuigingskracht, oordeelsvorming en besluitvaardigheid typeren u. Verder bent u gericht op samenwerking, waarbij u in staat bent open te communiceren en kritisch te reflecteren op de verkregen informatie. Het parket Middelburg werkt al langere tijd op uiteenlopende terreinen nauw samen met het parket Breda. Zo wordt de piketdienst voor beide parketten gecombineerd. Met het oog op het samenwerkingsverband dienen collega's bereid te zijn om werkzaamheden te verrichten op het parket Breda.

### WAT WIJ BIEDEN

Het parket Middelburg voorziet in een optimale administratieve ondersteuning van de officier van justitie en een voorbereiding-op-maat van de zaken die hij/zij ter zitting behandelt. Het parket investeert fors in de ontwikkeling van zijn medewerkers en kent een uitstekend loopbaanbeleid en biedt goede secundaire arbeidsvoorwaarden. Het salaris bedraagt minimaal € 4415,47 en maximaal € 6644,50 bij een fulltimedienstverband van 36 uur. Een intensieve opleiding en begeleiding maken onderdeel uit van de inwerkperiode. De duur hiervan is mede afhankelijk van uw ervaring.

### INLICHTINGEN EN SOLLICITEREN

Inlichtingen over de functie kunnen worden ingewonnen bij de Hoofdofficier, de heer mr. D.F. Greive of zijn plaatsvervanger, de heer mr. J.M. Valente (0118) 884 300. Nadere informatie over het OM vindt u op [www.om.nl](http://www.om.nl). Uw sollicitatie voorzien van een curriculum vitae, kunt u vóór 14 april aanstaande richten aan het Arrondissementsparket Middelburg, t.a.v. mevrouw P.M.A.E. Martens, P&O Adviseur, Postbus 5012, 4330 KA Middelburg. Een assessment en een veiligheidsonderzoek maken deel uit van de selectieprocedure. Acquisitie naar aanleiding van deze advertentie wordt niet op prijs gesteld.

Werken bij **het Rijk** Als je verder denkt



Luchtverkeersleiding Nederland (LVNL) is verantwoordelijk voor het veilig, efficiënt en milieuvriendelijk afhandelen van het burgerluchtverkeer in het Nederlands luchtruim. Op de luchthaven Schiphol en de regionale luchthavens zorgen circa 1000 professionals er dag en nacht voor dat per jaar miljoenen passagiers per vliegtuig veilig op de juiste bestemming aankomen. Het op Schiphol gevestigde bedrijf bevindt zich in een interessant en dynamisch krachtenveld tussen politiek, luchtvaartsector en maatschappij. Bovendien zijn in de komende jaren op Europees en nationaal terrein de nodige veranderingen te verwachten.

Bij de afdeling Legal Affairs is er een vacature voor de functie van

## Jurist

**De afdeling** > De relatief jonge afdeling Legal Affairs bestaat uit vijf juristen, een afdelingshoofd en twee secretaresses. De afdeling is verantwoordelijk voor advisering en behandeling van juridische vraagstukken en procedures op met name de gebieden bestuursrecht, ambtenarenrecht, (internationaal) luchtverkeersrecht en privaatrecht. De juristen voorzien de organisatie van praktische adviezen op genoemde rechtsgebieden en dragen vanuit de juridische invalshoek bij aan de realisering van de doelen van LVNL.

**De functie** > De Jurist brengt juridisch ingewikkelde zaken tot de kern terug en maakt deze toegankelijk voor niet juristen binnen de organisatie. Zonodig voert de Jurist ook zelfstandig of in voorkomende gevallen in samenwerking met een externe advocaat gerechtelijke procedures.

**Wat vragen wij van u** > Wij zijn op zoek naar kandidaten met een recent afgeronde studie Nederlands recht met een bestuursrechterlijke specialisatie. Daarbij strekt enige werkervaring op het rechtsgebied bestuurs-(proces)recht tot nadrukkelijke aanbeveling. U kunt uitstekend mondeling en schriftelijk communiceren en beschikt over goede sociale vaardigheden. Verder bent u in staat om zowel in- als extern LVNL effectieve en ondersteunende relaties op te bouwen en draagt u bij aan de teamgeest van de afdeling.

**Wat wij bieden** > LVNL biedt u een verantwoordelijke en uitdagende functie in een professioneel team. U mag rekenen op een pakket uitstekende primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden. Bent u geïnteresseerd en wilt u meer informatie over de functie of organisatie? Dan kunt u contact opnemen met de heer M.D.R. Rutten, Manager Legal Affairs, (020) 406 36 61.

**Hoe kunt u solliciteren** > Stuur een sollicitatiebrief met CV tot uiterlijk 14 april 2008 naar LVNL, t.a.v. de heer R. Steenberg, Postbus 75200, 1117 ZT Schiphol-Oost, o.v.v. vacaturenummer 12. U kunt ook digitaal solliciteren via [www.lvn.nl](http://www.lvn.nl).

*Acquisitie naar aanleiding van deze advertentie wordt niet op prijs gesteld.*

